# Die Rechtsnatur der Verwirkung.

Eine kritische Untersuchung zur Lehre mißbräuchlicher Rechtsausübung nach heutigem Recht.

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Helmuth Schmidt**

aus Celle.

Approbiert am 20. Juli 1938.

1 9 3 8

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Oberfr.

1938/188

Referent:
Univ.-Professor Dr. Lent

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

„Durch die Approbation der Dissertation nimmt die Fakultät keine Stellung zu den in der vorliegenden Arbeit geäußerten Ansichten".

*„Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit zugeeignet"*

# Inhaltsübersicht.


Seite:

A. Einleitung: Die Verwirkung als Problem . 1

B. Abhandlung: I. Geschichtlicher Ueberblick . 5

II. Uebersicht über die Entwicklung der Verwirkung in Rechtsprechung und Rechtslehre

1. Rechtsprechung . . . . 14
2. Rechtslehre . . . . 31

III. Die Rechtsnatur der Verwirkung

1. Konstruktiver Ausgangspunkt . . 39
2. Recht und Rechtsausübung in ihrer grundsätzlichen Bedeutung für das heutige Recht . 44
   a) Der Begriff des subjektiven Rechts nach heutiger Auffassung . . . . 45
   b) Die Rechtsausübung . . . 54
   c) Die Wechselwirkung zwischen Recht u. Rechtsausübung . . . . 60
   d) Rechtsausübung und Rechtsmißbrauch . 77
3. Die Abgrenzung der Verwirkung gegenüber anderweiten Gebilden
   a) Verschweigung . . . . 78
   b) Verjährung . . . . 81
   c) Die Ausschlußfrist . . . 82
   d) Verzicht . . . . 86
   e) Ersitzung . . . . 96
   f) Verarbeitung . . . . 99
   g) Weitere im Schrifttum anerkannte Gebilde . 100
4. Wesen und Rechtsnatur der Verwirkung und ihre Stellung im System
   a) Verwirkung — ein notwendiges und selbständiges Rechtsgebilde . . . 102

Seite:

b) Die Verwirkung als Fall mißbräuchlicher Rechtsausübung . . . . 104
c) Das Wesen des Rechtsmißbrauchs . . 105
d) Konstruktives Ergebnis . . . . 128

IV. Die Verwirkungsvoraussetzungen
1. Allgemeines . . . . . 143
2. Die Voraussetzungen auf Seiten des Berechtigten 145
3. Die Voraussetzungen auf Seiten des Gegners . 151

V. Die Verwirkungsfolgen — Prozessuales . 155

C. Schlußbemerkung . . . . . 163

# Schrifttum.


1. Achilles Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 1937
2. Bank, Die Verwirkung von steuerrechtlichen Rechten als Folge des eigenen früheren Verhaltens in „Deutsche Steuerzeitung und wirtschaftlicher Beobachter 1934, S. 875 ff.
3. „ Zur Lehre von der Verwirkung J. W. 1934 S. 2437 ff.
4. Baumbach, Das gesamte Wettbewerbsrecht, 1931
5. „ Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht in „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht" (GRUR) 1930 S. 251 ff
6. „ Kurzkommentar zum Gesetz über die Warenbezeichnungen 3. Aufl., S. 56
7. „ Kommentar zum Aktiengesetz vom 30. Januar 1937
8. Bechert, Deutsche Rechtsentwicklung und Rechtserneuerung in Frank, Nationalsozialistisches Handbuch, 1935, S. 54 ff.
9. „ Die deutschrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in J.W. 1933, S. 2310
10. Bernhardi, Handwörterbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902
11. Biermann, Kommentar zum BGB 3. Aufl. 1914
12. Böhmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 1932
13. De Boor, Urheberrecht und Vertragsrecht in Hans Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 1011 ff.
14. Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte München-Leipzig 7. Aufl. 1923
15. Brenner, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Diss. 1926
16. Brunner, „Luft macht frei" in Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Breslau 1910, Bd. 1, S. 1 ff.
17. Busse, Die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel völkischer Rechtspflege in „Recht des Reichsnährstands" 1936, S. 431
18. „ Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Hamburg 1936 in Deutsche Rechtswissenschaft, 1. Bd. Heft 2 S. 170 ff.

19. Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtwissenschaft, Hamburg 1936 in Deutsche Rechtswissenschaft, 1. Bd. Heft 4 S. 289 ff.
20. Bülow, Nationalsozialismus und Universalismus, Hamburg 1937 in Deutsche Rechtswissenschaft 2. Bd., Heft 3, S. 218 ff.
21. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1921
22. Dänzer-Vanotti, Die Verwirkung infolge verzögerter Geltendmachung eines Rechts: Deutsche Juristen-Zeitung 1936 Heft 24, S. 1455
23. Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar 1934
24. Eccius, In Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 50, S. 503 ff.
25. Eckhardt, Zum Begriff des subjektiven Rechts, Hamburg 1936, Deutsche Rechtswissenschaft 1. Bd. Heft 4 S. 352 ff.
26. Eichler, Die Ordnung des deutschen Privatrechts in Ztschr. der Akad. f. Dtsch. Recht 1937, Heft 18, S. 502 ff.
27. Elster, Gewerblicher Rechtsschutz in Hdwb. Bd. 2, 1927
28. ,, Urheberrecht in Hdwb. d. D.R.W., Bd. 6, 1929
29. ,, Warenzeichenrecht in Hdwb. d. D.R.W. Bd. 6, 1929
30. ,, Wettbewerb in ,, ,, ,, 2, ,,
31. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 9. Aufl. 1. Bd. 1903
32. ,, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl. 2. Bd. 1. Abt. – Sachenrecht – 1905
33. Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1931
34. Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 12. Bearbeitung, 1928
35. Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II. 1930
36. Enneccerus-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Band Sachenrecht, 8. Bearbeitung, 1929
37. Erdmann, Die Verwirkung, Diss. 1933
38. Fehr, Das kommende Recht 1933
39. Fischer, Die dogmatischen Grundlagen der Verwirkung, Würzburg Diss. von 1936
40. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928, 8. Aufl.
41. Finger, Zeitschrift für Markenschutz und Wettbewerb ‹MuW› 1931, S. 303
42. Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935

43. Frank, Grundsätze des nationalsozialistischen Rechtsdenkens und Rechtswollens in „Nat. soz. Hdwb. für Recht und Gesetzgebung" München 1935, S. 3 ff.
44. Franke, Die Verwirkung im Arbeitsrecht in „Deutsches Arbeitsrecht" 1935, S 258 ff. und 318 ff.
45. Freisler, Recht, Richter u. Gesetz, Deutsche Justiz 1933, S. 694.
46. „ In Deutsche Justiz 1934, S. 5
47. Fromherz, Haftpflichtrecht, 1913.
48. Forsthoff, Vom Zweck im Recht in Ztschr. d. Akad. f. Dtsch. R., 1937, Heft 6, S. 174 ff.
49. Furler, Besitz, Verkehrsgeltung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht, 1932
50. Franke, Die Verwirkung im Arbeitsrecht, systematisch besprochen unter Berücksichtigung der neuesten Reichsarbeitsgerichtl. Rechtsprechung. JW. 1937, S. 1118 ff.
51. Gadow, Die Einrede der Arglist in Jherings Jahrbücher 84, S. 174, 1934
52. Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. 1869, S. 195 ff.
53. Greil, Grenzen der Verwirkung im Arbeitsrecht und Schlichtungswesen 1933
54. v. Gierke, Julius, Lehrbuch zum Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. 1933
55. v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, 1935, 1. Bd.
56. Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von Robert v. Mayr, Berlin 1908
57. Gieseke, In: Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937, Sonderheft d. Ztschr. für ausländisches und internationales Privatrecht, 1937, S. 392 ff.
58. Gumpel, Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht, Diss. 1933
59. Heck, Grundriß des Schuldrechts 1929
60. „ Die Interessenjurisprudens und ihre neuen Gegner in Archiv für ziv. Prax. 1936, 22. Bd. 2. Heft, S. 129 ff.
61. Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft 1927
62. „ Die Flucht in die Generalklauseln 1933, S. 66, 70, 73 ff.
63. „ Reichsgericht und Wirtschaftsrecht 1929 S. 274, Anm. 1 und S. 382
64. „ Umwandlung des Eigentumsbegriffs in „Recht und Wirtschaft" 1922, S. 588
65. Heinemann, Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund, Leipz. Ztsch. für Deutsches Recht 1928, S. 935 ff.

66. Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912
67. Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934, S. 20, 21
68. Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1926
69. Heinsheimer, Kritik in „Kritischer Vierteljahresschrift", 49. Bd. S. 463
70. Herschel, Verzicht und Verwirkung des Tariflohns während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, Deutsches Arbeitsrecht 1936, S. 184 ff.
71. Herzog, Der wettbewerbliche Besitzstand, 1934
72. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts
73. Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung, 1910, S. 62
74. Höhn, Deutsches Recht, 1936, S. 20 ff.
75. „ Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat, Hamburg 1936 „Deutsche Rechtswissenschaft" 1. Band Heft 1 S. 49 ff.
76. „ Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, Hamburg 1935 in „Der deutsche Staat der Gegenwart", Heft 14.
77. „ Volk und Verfassung, Hamburg 1937, Deutsche Rechtswissenschaft 2. Bd. Heft 3, S. 193 ff.
78. Hölder, Natürliche und juristische Person ‹S. 117 ff.› 1905
79. Huber, Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts in „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft" 1935, S. 143 ff.
80. „ Verfassung, Hamburg 1937
81. „ Vom Sinn der Verfassung, Hamburg 1937
82. „ Die volksgenössische Rechtsstellung in der Verwaltung in Ztschr. d. Akad. f. Dtsch. R. 1937, Heft 11, S. 323 ff.
83. „ Die Verwirkung der volksgenössischen Rechtsstellung im Verwaltungsrecht in Ztschr. d. Akad. f. D. R. 1937, Heft 12, S. 366 ff.
84. Hubernagel, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklausel in Frank, nat.-soz. Hdwb. für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 970 ff.
85. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1930.
86. Immerwahr, Die Verschweigung im deutschen Recht in Gierke Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, 48. Jahrgang, 1895.
87. Jesserant, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 1927
88. Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., I. II. 1930 vor § 50
89. Kayser, Rechtsbuch von 1346, Nr. 129.

90. Klausing, Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 1. 2. 1935, J. W. 1935, S. 1842
91. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1904
92. Köllreuther, Deutsches Verwaltungsrecht 1936, S. 12
93. Köttgen, Oeffentliches Sachenrecht in „Deutsches Verwaltungsrecht" von Frank, 1937, § 22, S. 433 bis 448.
94. Krause, Rechtseinheit und ständisches Recht, Hamburg 1936, in „Deutsche Rechtswissenschaft", 1. Bd. Heft 4, S. 300 ff.
95. „ Schweigen im Rechtsverkehr — Beiträge zur Lehre von Bestätigungsschreiben von der Vollmacht und von der Verwirkung, 1933.
96. „ Verwirkung in DJZ. 1934, Heft 24, S. 1512 ff.
97. Kreller, Römische Rechtsgeschichte, Tübingen 1936
98. Krückmann, In Zeitschrift für Handelsrecht, S. 104 ff. Jahrg. 1934
99. Küchenhoff, Rechtsverwirkung außerhalb des Aufwertungsrechts DJZ. 1930, S. 1194 ff.
100. Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Breslau 1910, 2. Band, S. 235 ff.
101. Lange, Besprechung von Siebert's Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, „Deutsches Recht" 1935, S. 465 ff.
102. Lange, Boden, Ware und Geld ‹Grundrisse des deutschen Rechts› 1. Teil Grundfragen, 2. Teil Boden — Tübingen 1937
103. „ Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht in Frank, Nat.soz. Handwb. für Recht und Gesetzgebung, 1935, S. 931 ff.
104. „ Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.
105. „ Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat in „Recht und Staat" Tübingen 1934, Heft 114.
106. Larenz, Gemeinschaft und Rechtsstellung, Hamburg 1936 „Deutsche Rechtswissenschaft" 1. Bd. Heft 1, S. 31 ff.
107. „ Rechtsperson und subjektives Recht in „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225 ff.
108. „ Vertrag und Vertragsbruch, Hamburg 1936, „Deutsche Rechtswissenschaft", 1. Bd., Heft 4, S. 377 ff.
109. Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB., 1933
110. „ Das Anerkenntnis verjährter Forderungen. J.W. 1935, Heft 35, 2169 ff.
111. „ Zur Lehre von der Verwirkung in JW. 1936, Heft 32, S. 2193 ff.

112. Lenz, Die Verwirkung des Aufwertungsanspruches in DJZ. 1928 S. 11 ff.
113. Lobe, Untergang und Verhinderung der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, MuW 1932 S. 433 ff.
114. Lutter, Kommentar zum Patentgesetz vom 7. 4. 1891, Berlin 1908, S. 187
115. Manigk, Das Problem der Verwirkung in „Deutsche Juristenzeitung" 1936, Heft 6, S. 350 ff.
116. Maunz, Verwaltung, Hamburg 1937.
117. Mayr, Geschichte und System des römischen Rechts 1908
118. Meckel, Enzyklopädie §§ 153 und 159, 1886
119. Meissner-Kaisenberg, Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich, 1935
120. Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen 1898, S. 147
121. Michaelis, Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts in „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft", Berlin 1935, S. 9 ff.
122. Mitteis, in Hermes, Band 30.
123. Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch, 17. Aufl. 1926
124. von Moeller, Vom Rechte, das mit uns geboren ist — in Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Breslau 1910, 1. Bd. S. 355 ff.
125. Mönkemeyer, In „Deutsches Recht" 1935, S. 355 ff.
126. Müllereisert, Die Verwirkung, Zentralblatt für Handelsrecht, 1933, S. 97 ff.
127. Nolting-Hauff, Verwirkungsdämmerung in GRUR, 1932, S. 1088
128. Oertmann, In Arch. f. ziv. Prax. 117, S. 176 ff.
129. Oppenheim, Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz 1932
130. Paniol-Ripert, Traité élémentaire, 1932, S. 298
131. „ Traité pratique des droits civiles français VI, 1930, S. 785.
132. Pawelek, Die Verwirkung ein neues Rechtsinstitut, Jenaer Diss. von 1934.
133. von der Pfordten, Ethik in Sammlung Göschen 1919
134. Planck, Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil 1. Bd. 1913, 2. Bd. 1914 u. 1928, 3. Bd. 1920, 4. Bd. 1928
135. Presser, Verwirkung und Ersitzung im Warenzeichenrecht, J.W. 1937 Heft 29/30, S. 1862 ff.
136. Pinzger, Kommentar zum Warenzeichengesetz, 2. Aufl., S. 206
137. Raspe, Der Verwirkungsgedanke im öffentlichen Recht, Staats- und Kommunalverwaltung, 1931, S. 339 ff.
138. Reichsgerichtsrätekommentar Bd. 1—5 Berlin-Leipzig 1931

139. Reimer, Normenaufstellung auf Grund der Verwirkungsrechtsprechung des Reichsgerichts im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht MuW 1932 S. 277 ff.
140. Rhode, Arbeitsverhältnis — Arbeitsvertrag in Akad. f. Dtsch. R. 1937, Heft 7, S. 203 ff.
141. Richter, In der Zeitschr. GRUR 1934, S. 563 und 567
142. „ Die Rechtswirkung der Tarifordnung in J.W. 1934, S. 1013 ff.
143. Riezler, Venire contra factum proprium, 1912
144. Rilk, Das Wechselgesetz — Kommentar 1933
145. Rocholl, Die Verwirkung, Diss. 1933
146. Romeik, Zur Technik des BG. Heft 1, Fristbestimmung 1901
147. Rosenberg, Das Recht wurzelt im Volk: in Akad. für Dtsch.R. 1937 Heft 20/21, S. 610.
148. Rotondi, L'abuso di diritto, 1923.
149. Ruth, Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. 11. 1933 in JW. 1934, S. 288 ff.
150. Rümelin, Die Billigkeit im Recht, Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 7. Nov. 1921 in Tübingen
151. Schaffstein, Der Begriff „Strafanspruch und sein rechtspolitischer Gehalt" in DJZ. 1934, Heft 19, S. 1174 ff.
152. „ Politische Strafrechtswissenschaft 1934
153. Scheuner, in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 86, 87
154. Schlegelberger, Abschied vom BGB, Vortrag gehalten in der Universität zu Heidelberg am 25. Januar 1937
155. „ Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Berlin 1929, 2. Bd.
156. Schmelzeisen, Im Arch. f. ziv. Praxis 1936, S. 38 ff.
157. „ Die Ueberwindung der Starrheit, Deutsche Richterztg. 1928, S. 118 ff.
158. Schmitt Carl, Der Rechtsstaat in Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 24 ff.
159. „ Treu und Glauben im Verwaltungsrecht 1935
160. „ Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens in Schriften der Akad. f. Dtsch.R., Hamburg 1934
161. Schnur, Die Rechtsnatur des Jagdausübungsrechts nach heutigem Recht und seine Bedeutung für den Jagdpachtvertrag, Diss. Erlangen 1936.
162. Scholz, In Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 47. Band S. 566
163. Schönfeld, Der Kampf wider das subjektive Recht in Akad. für Dtsch. Recht 1937, Heft 4, S. 107 ff.

164. von Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin 1915
165. Schwister, „Ueber praktische Arbeit" (Proberalation) 1936, S. 3 ff.
166. Schumann, In GRUR 1933, S. 96
167. Schwarz, Archiv für Bürgerl. Recht, 32. Bd. S. 34
168. Seckel, Quellen des römischen Rechts, Heumann's Handlexikon, 9. Aufl. 1914
169. Senf, Besprechung von Siebert's Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, JW. 1934, S. 2451 ff.
170. Seidel, Treu und Glauben „Deutsches Recht" 1935 S. 454 ff.
171. Siber, Grundriß des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1931
172. „ „Einrede" in Hdwb. der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo, 1927
173. Siebert, Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht in Frank, Nat.soz. Handbuch für Recht und Gesetzgebung 1935, S. 955 ff.
174. „ Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. Nov. 1936 JW. 1937 S. 612 ff.
175. „ Anmerkung zur Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 20. 10. 1937 in JW. 1938, S. 542
176. „ BGB-System und Völkische Ordnung — Hamburg 1936 Deutsche Rechtswissenschaft, 1. Bd. Heft 3, S. 204 ff.
177. „ Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934
178. „ Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung — Hamburg 1936. Deutsche Rechtswissenschaft 1. Bd. Heft 1, Seite 23 ff.
179. „ Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs in „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 189 ff.
180. „ Verwirkung, in Hdwb. der Rechtswissenschaft, 1937 8. Bd. S. 766 ff.
181. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, München, Leipzig 1928
182. Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 14. Auflage, Leipzig 1911
183. Sontag, Gibt es eine Verschweigung des Aufwertungsanspruchs? n DJZ. 1928 S. 868
184. Sörgel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 1. Bd. Stuttgart 1926, 3. Aufl.
185. Spengler, Der Untergang des Abendlandes, 2. Bd., München 1922
186. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1922
187. „ Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902
188. „ Wirtschaft und Recht, 3. Aufl. 1914

189. Staub-Heinichen, Kommentar zum HGB, 3. Bd. 1933
190. Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. 1930
191. Stier-Somlo, Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft, 1929, 6. Bd.
192. ,, Handwörterbuch der Rechtswiss. 1927, 2. Bd.
193. Stoll, Vertrag und Unrecht, Tübingen 1936.
194. Süß, Objektives grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung als Nichtigkeitsgrund nach § 138 Abs. 1 BGB — Hamburg 1936 in ,,Dtsch. R. W.", 1. Bd Heft, S. 359 ff.
195. Tegtmeyer, Der Geltungsbereich des Verwirkungsgedankens in Arch. für ziv. Praxis, 1936 S. 203 ff.
196. ,, Die Verwirkung, Diss. 1935.
197. Titze-Wolff, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in Rechtsvergleichende Abhandlungen 1929, 5. Bd.
198. von Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910
199. ,, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd , 1. Hälfte 1914, u. 2. Bd. 2. Hälfte 1918
200. Tschischgale, Die Rechtsnatur der Verwirkung, Diss. 1937
201. Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, 1929
202. Volkmar, Das dynamische Element bei der Nachbildung des deutschen Rechts in Ztschr. d. Akad. f. Dtsch. R. 1935, S. 473
203. Walsmann, Der Verzicht, 1912
204. ,, Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. 6. 1927, J.W. 1927 S. 2570 ff.
205. ,, Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts JW. 1933, S. 2929.
206. Warneyer, Die Verwirkung des Aufwertungsanspruches infolge verspäteter Geltendmachung. Deutsche Steuerzeitung 1928 S. 353 ff.
207. Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse in Arch. f. ziv. Prax. 1906, S. 1 ff.
208. Westermann, Zur Verwirkung im Arbeitsrecht, Deutsche Jur.-Ztg. 1935, S. 397 ff.
209. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung — Hamburg 1935 in ,,Der deutsche Staat der Gegenwart"
210. ,, Bauernrecht und bürgerliches Liegenschaftsrecht — Hamburg 1936. D.R.W., 1. Bd., Heft 1, S. 15 ff.

211. Wieacker, Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts. Deutsche R.W. Hamburg 1937, 2. Bd., Heft 1, S. 3 ff.
212. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage Frankfurt a/M. 1900/01, 1—3. Bd.
213. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum in Festschrift für Otto Lenel, Leipzig 1931
214. Würdinger, Das subjektive Recht im Privatrecht — Hamburg 1936, Dtsch. R. W., 1. Bd., Heft 1, S. 15 ff.
215. „ Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 149, Seite 247
216. Zeiler, Verlust des Aufwertungsanspruchs durch Verzicht oder durch Verwirkung, Deutsche Steuerzeitung 1927 S. 744 ff.

## Benutzte Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

1. Aufwertungsfälle vom Reichsgericht von Zeiler
2. Aufwertungskartei von Heilfron-Koppe-Warneyer
3. Deutsche Juristen-Zeitung
4. Deutsche Justiz
5. Deutsche Richter-Zeitung
6. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
7. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte ⟨Bensheimer-Sammlung⟩
8. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
9. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
10. Höchstrichterliche Rechtsprechung ⟨Entscheidungssammlung von Soergel⟩
11. Juristische Wochenschrift
12. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
13. Mitteilungen des Instituts für Wirtschaftsrecht in Jena
14. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

# A. Einleitung.

## Die Verwirkung als Problem.

Das Rechtsinstitut der Verwirkung kann heute als gesicherter Besitz ebenso der Rechtswissenschaft wie der Rechtspraxis angesprochen werden, nachdem durch die im Jahre 1934 erschienene aufschlußreiche Arbeit Sieberts über Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung[1] und durch die höchstrichterliche Rechtsprechung des Reichsgerichts seit 1928 (RGZ. Bd. 123 S. 214 und RGZ. im gleichen Bande S. 123 aus dem Jahre 1929) die Verwirkung theoretisch und praktisch als allgemeines Rechtsinstitut unseres Privatrechts seine Anerkennung gefunden hat[2]. In welchen Fällen aber die Verwirkung tatsächlich Platz greift und vor allem wie sie rechtlich zu konstruieren ist, ist nach wie vor lebhaft umstritten, was wohl vor allem daraus zu erklären ist, daß es sich hier in Ermangelung klarer gesetzlicher Regelung um eine rechtspolitische Problemfrage handelt, die seit dem Umbruch unseres Rechtsdenkens ohne festes weltanschauliches Fundament nicht gelöst und ohne Einbau in die durch die gegenwärtige Rechtsentwicklung beeinflußte Gesamtrechtsordnung in ihrem tieferen Kern nicht begriffen werden kann. Die Verwirkungsrechtsprechung des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts zum Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht war schon von weittragender Bedeutung dadurch geworden, daß sie zu einer fast völligen Umbildung des Systems des Rechtsschutzes im Gebiete der Waren- und Geschäftsbezeichnungen geführt hatte. In der Folgezeit hatte man dann erkannt, daß die vielfach geforderte Einengung des Rechtsinstituts der Verwirkung nur infolge einer fehlerhaften Grundsteinlegung möglich gewesen war und die spätere Erkenntnis, daß der Verwirkung ein umfassender Wirkungsbereich in unserem Privatrecht einzuräumen sei, hatte zu theoretischen Untersuchungen geführt, deren Vielgestaltigkeit eher Unklarheiten dieses an sich durchaus

1) Vgl. auch Siebert: Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs in Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft 1935 S. 189 ff.

2) Dem steht auch die Entscheidung RGZ.144,22 (24) nicht entgegen, s. unten Seite Fußn. 100. Vgl. auch die aufschlußreiche Uebersicht von Schrifttum und Rechtsprechung in JW. 1937 S. 320 Nr. 17, sowie jetzt RGZ. 155, 151 ff. und Siebert in JW. 1937 S. 2495 ff.

praktischen Rechtsbegriffs zeitigte, als daß sie die Erkenntnis von der wahren Rechtsnatur der Verwirkung gefördert hätten. War doch besonders von Seiten der Praxis noch lange Zeit hindurch überhaupt bezweifelt worden, daß es sich bei der Verwirkung um ein „besonderes Rechtsinstitut" handle[3]). Hand in Hand mit der durch die Rechtsentwicklung der Gegenwart geschaffenen Unsicherheit im Dogmatischen gingen Zweifel über die grundlegende Frage, ob die Verwirkung in Ermangelung positiver Gesetzesvorschriften ihre zutreffende rechtliche Behandlung nicht überhaupt mit Hilfe der im BGB bekannten Generalklauseln finden könne, wobei dann wieder streitig war, in welcher Weise zwischen den Extremen allzu starrer Wortinterpretation auf der einen Seite und zu weitgehender Berücksichtigung von Aequitätsgesichtspunkten auf der anderen Seite eine befriedigende Problemlösung auf mittlerer Linie gefunden werden solle. Einer Untersuchung der tieferen Gründe für die große Bewegung, die dieses Institut in Wissenschaft und Praxis gebracht hat, sowie der Auffassungen, die seit Anbeginn des Bürgerlichen Gesetzbuches vor allem in der Wissenschaft im einzelnen vertreten worden sind, bedarf es hier nicht, zumal die Rechtsentwicklung der Gegenwart schon so weit fortgeschritten ist, daß von einem Abschied vom BGB gesprochen wird[4]).

Umso wichtiger erscheint es aber gerade für das wissenschaftliche Arbeiten der Gegenwart, nicht nur festzustellen, in welchem Ausmaß sich die Rechtspraxis dieser vielleicht jüngsten Rechtserscheinung von umfassenderer Bedeutung zu bedienen hat, sondern vor allem zu ergründen, welche rechtsdogmatische Funktion sich uns in der Verwirkung darbietet, worin ihr eigentliches Wesen zu erblicken ist und wie sie institutionell in das nach wie vor bestehende und anzuerkennende System unseres Privatrechts einzuordnen ist. Dies soll unter Berücksichtigung des bisherigen Schrifttums und der grundlegenden Gerichtsentscheidungen den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden, wobei nicht so sehr die einzelnen Gesetzesvorschriften als vielmehr der über ihnen und hinter ihnen stehende Geist unseres gesamten heutigen Rechtsdenkens führend und richtunggebend sein soll. Es soll der Versuch unternommen werden

3) Vgl. z. B. RG. in Zeitschr. für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) Jahrg. 30 S. 537 und Zeitschr. für Markenschutz und Wettbewerb (MuW) Jahrg. 29 S. 549; ferner Finger in MuW 31, S. 303.

4) Schlegelberger: Abschied vom BGB, Vortrag, gehalten in der Universität zu Heidelberg am 25. Januar 1937.

nachzuweisen, daß die Verwirkung — rechtsproblematisch erfaßt — ein durchaus selbständiges charakteristisches Rechtsinstitut darstellt und ausschließlich als Anwendungsfall einer nach den Grundsätzen nationalsozialistischen Rechtsdenkens als unzulässig zu erachtenden Rechtsausübung d. h. als Fall mißbräuchlicher Rechtsausübung zu begreifen ist. Dies ist umso notwendiger, als im Schrifttum noch in jüngster Zeit[5]) die Auffassung vertreten wird, es müsse zweifelhaft erscheinen, ob der Streit um die Verwirkung je völlig zur Ruhe gebracht werden könne, da es sich bei der Frage der Verwirkung um Probleme der Rechtspolitik und der Rechtsanschauung, insbesondere um den Umfang der Anwendung der Generalklauseln handle. Eine solche als irrig zu bezeichnende Ansicht ist daraus zu erklären, daß feste dogmatische Grundlagen und eine rechtsgrundsätzliche Erfassung des Wesens unseres Rechtsinstituts bis heute fehlen, jedenfalls noch nicht zu allgemeiner Anerkennung gelangt sind. Die Rechtsnatur der Verwirkung als solche hat, wie sich zeigen wird, mit Rechtspolitik und Weltanschauung unmittelbar nichts zu tun. Muß sie als notwendiges Gebilde unserer Privatrechtsordnung und damit als Glied in der Kette unserer sonstigen Rechtseinrichtungen anerkannt werden — und das wird nachzuweisen sein —, so ist die Verwirkung wie jedes andere Rechtsinstitut durchaus positivrechtlich überall da zur Geltung zu bringen, wo sie nach Sinn und Zweck unserer Rechtsordnung anwendungsbedürftig erscheint. Nicht anders als wie sich uns heute die positive Forderungsverletzung, die allgemeine Unterlassungsklage, die Haftung im Falle der sog. culpa in contrahendo und noch andere aus der Rechtspraxis für die Praxis geschaffene Rechtsfiguren als anerkannte Rechtsinstitute mit positiver Geltungskraft darbieten, dürfte dies auch von der Verwirkung zu gelten haben.

Daß unter „Verwirkung" im Sinne der vorliegenden Abhandlung nur jene gerade für die Rechtspraxis typische früher unbekannte Rechtserscheinung zu verstehen ist, die, im Gesetz nirgends ausdrücklich erwähnt, erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches allmählich — besonders durch die Aufwertungsrechtsprechung — zu rechtlicher Anerkennung gelangt ist, bedarf in diesem

5) Fischer: Die dogmatischen Grundlagen der Verwirkung 1936 S. 1, 52 — vgl. aus früherer Zeit: Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht 1929 S. 274 Anm. 1 u. S. 382; derselbe: Die Flucht in die Generalklauseln 1933 S. 66 ff., 70, 73; Schumann in GRUR 1933 S. 96; Richter in GRUR 1934 S. 563, 567; Nolting-Hauff in GRUR 1932 S. 1088.

Zusammenhange keiner besonderen Erwähnung. Wir werden sie eigentliche oder echte Verwirkung ‹Verwirkung i. e. S.› nennen. Es empfiehlt sich, der folgenden Untersuchung eine kurze geschichtliche Einleitung voranzuschicken, da sich aus ihr ergeben wird, daß die allgemeine Idee der Rechtsverwirkung, die sich in unserem Institut in eigenartiger Weise niedergeschlagen hat, schon im römischen und deutschen Recht lebendig war.

# B. Abhandlung.

## I. Geschichtlicher Ueberblick.

1. Der Begriff „Verwirkung" wird in verschiedener Bedeutung gebraucht. Allgemein sprachlich bedeutet er dasselbe wie „Verlustiggehen" (man denke an die Sprachwendung „ein Recht verwirken", „das Leben verwirken" und dergl. m.). In der Rechtssprache findet sich der Begriff der Verwirkung bereits im römischen Recht, vornehmlich in der Bedeutung der Strafverwirkung (committere poenam oder multam).[1] In ähnlichem Sinne wird auch von der Verwirkung der Stipulation oder Caution gesprochen (committitur stipulatio, cautio)[2] und allgemein bekannt ist die Verfall- oder Verwirkungsklausel (lex commissoria), jener Nebenvertrag beim Kaufkontrakt und Pfandgeschäft, wonach ein Recht „verwirkt" sein soll, wenn eine Verbindlichkeit nicht zur rechten Zeit erfüllt wird.[3] Einzelheiten über die Wirkung dieser Nebenabrede gehören nicht hierher[4]. Allerdings ist uns ein das gesamte Privatrecht beherrschender allgemeiner Rechtsgedanke der Verwirkung aus dem Römischen Recht nicht überliefert worden. Aber eine Anzahl von Fällen, in denen die Idee der Verwirkung im weiteren Sinne mit der Maßgabe lebendig war, daß bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes ein Rechtsverlust durch Zeitablauf herbeigeführt wird, läßt sich geschichtlich nachweisen. In diesem Sinne ist zunächst auf den altrömischen Eigentumsverlust im Falle der Usucapio d. h. Ersitzung von beweglichen und unbeweglichen Sachen vermittels eines ein bzw. zwei Jahre hindurch währenden rechtsmäßigen Besitzes hinzuweisen. Da diese Usucapio nach dem Rechte der XII Tafeln dem jus civile angehörte und nur römischen Bürgern zugängig war (quiritarisches Eigentum)[5], wurde entsprechend der streng zivilen Usucapio für den fundus provincialis durch die Edikte der Statthalter (praesides) die praescriptio longi

1) Auch committere in poenam: Einer Strafe verfallen. L. 4 D. 2,2, L. 47 D. 19,1 etc.

2) L. 63 D. 45,1, L. 114 § 4 D. 30 u. a. m.

3) Vgl. hierzu den Titel D. 18,3, ferner L. 3 C. 8,34.

4) Siehe hierzu L. 4 § 2 D. 18,3. Girard, Geschichte und System des Römischen Rechtes (übersetzt von Robert v. Mayr, Berlin 1908, S. 783 ff., 835,1 u. 849/,50.

5) Girard a. a. O. Seite 326 ff.

temporis eingeführt[6]) d. h. eine Klageverjährung zu Gunsten des redlichen Erwerbers, die im Wege der Einrede (praescriptio) geltend gemacht werden konnte. Ihre Wirkung war die einer Verschweigung d. h. im weiteren Sinne die einer Rechtsverwirkung durch Zeitablauf[7]). Aehnliche Bedeutung kam der römischen Verjährung zu, die im Gegensatz zu der uns bekannten Anspruchsverjährung eine Klageverjährung war.[8]) Alle Klagen sollen nach Ablauf von 30 Jahren (ausnahmsweise 40 Jahren) mit der Maßgabe verfallen, daß späterhin dem Klagebegehren die Einrede der Klagenverjährung (praescriptio longi temporis) sollte entgegengestellt werden können. War auch diese Klagenverjährung keine Rechtsverjährung, so lag auch ihr der Gedanke der Verschweigung zugrunde, die nach römischer Auffassung in langwährender Nichterhebung des Anspruchs erblickt wurde, der lange verschwiegene Anspruch hatte die Vermutung gegen sich[9]). Von diesen allgemeinen Tatbeständen abgesehen, kannte das Römische Recht aber noch einprägsame Fälle einer Verwirkung, die unserem modernen Rechtsdenken besonders nahekommen. So heißt es in fragm. 25 D. de Adopt. et Emanc. 1,7: „Post mortem filiale suae, quae ut mater familias quasi jure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non jure eam nec praesentibus testibus emanci passet, pater movere controversiam prohibetur."

Der Vater einer Tochter, die als mater familias selbständig gelebt hatte, verliert mit Rücksicht darauf, daß er bis zum Tode der Tochter seine väterliche Gewalt nicht geltend gemacht hatte, das Recht des Widerspruchs gegen deren Testament, er verliert es nach der Auffassung des Juristen (Ulpian), wie die Worte: „adversus factum suum" deutlich besagen, nicht etwa wegen des bloßen Zeitablaufs, wie sie in dem Falle der usucapio und der Klagenverjährung Bedeutung hatte, sondern mit Rücksicht auf das gegensätzliche Verhalten, das in einem solchen Testamentsprotest gelegen hätte. Wir haben es also hier bereits mit jener Rechtsidee zu tun, die in der bekannten Arbeit Riezler's[10]) ihren Niederschlag in dem auch

6) Das älteste Zeugnis hierfür war ein praescriptio des Septimius Severus aus dem Jahre 199 p. Chr. Vgl. hierzu Mitteis, Hermes Bd. 30 S. 612 ff.

7) Vgl. hierzu Sohm: Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, Leipzig 1911 § 64, S. 393, 395. Weitere Einzelheiten interessieren hier nicht.

8) Geschaffen durch eine Constitution der Kaiser Honorius und Theodosius II. im Jahre 424 p. Chr. siehe Girard S. 328.

9) Siehe dazu Sohm S. 342.

10) Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.

dem heutigen Recht geläufigen „venire contra factum proprium" gefunden hat.[11] Sodann ist auf const. 1, Cod. de patr. pot. 8/46 hinzuweisen, wonach der Vater seine väterliche Gewalt verliert, wenn er allzu lange („cum diu passis sis . . .") zu der Bestellung von tutores für seinen Sohn schweigt, gleichsam als ob dieser nicht mehr väterlicher Gewalt untersteht. Späteres Klagebegehren erschien den Römern als widerspruchsvoll und ließ die exceptio doli zu.[12] In gleicher Richtung bewegen sich schließlich noch die in fr. 39 § 2 D 42,5 und fr. 17 § 1 D 22,1 von Riezler berichteten Fälle, in denen Erbschafts-Gläubiger „post multum tempus" ihr Sicherstellungsrecht und Gläubiger ihren Zinsanspruch verwirkten, wenn aus dem „longi temporis intervallum auf einen Verzicht geschlossen werden konnte.[13] Auch sind eine ganze Reihe römischer Stellen bekannt, in denen besonders die Verwirkung zur Bestrafung des Berechtigten, insbesondere des Eigentümers eintrat. Dies war z. B. der Fall, wenn das Eigentum der dem Zoll entzogenen Sache zu Gunsten der Zollbehörde[14] verfiel, wenn die Emphyteusis bei Vorliegen bestimmter Tatbestände (z. B. Deteriorierung des Grundstücks usw.)[15] oder der Miteigentumsanteil eines Miteigentümers zu Gunsten des Mitberechtigten verfiel,[16] wenn diesem nicht sein Anteil an den Kosten binnen 4 Monaten mit Zinsen ersetzt wurde.[17] Auch im Gebiete des Forderungsrechts kennen die Römer im Falle der Uebertretung eines Zessionsverbotes einen Forderungsverlust als Verwirkungsstrafe für den Gläubiger zu Gunsten des Schuldners, und zwar nach der Ansicht mancher Pandektisten mit der Maßgabe, daß die Forderung dem Fiskus verfällt[18].

Es ist Sache der kritischen Fachwissenschaft, die tiefere Bedeutung dieser einzelnen hier angeführten und sonst noch in Betracht kommenden römischen Quellenstellen nicht nur auf ihre Echtheit, sondern vor allem auch auf den eigentlichen Rechtsgehalt, der in ihnen zum Ausdruck kommt, hin zu untersuchen. So viel aber kann gesagt werden, daß sie klar beweisen, daß dem römischen Recht

---

11) Riezler a. a. O. S. 13.
12) Riezler a. a. O. S. 16 ff.
13) Vgl. auch L. 28 D 10,3.
14) L. 14 und L. 11 § 2 D 39,4; s. Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 1900, Bd. 1 § 174,1.
15) Windscheid-Kipp a. a. O. § 222,4.
16) „ „ a. a. O. § 223 a. E.
17) „ „ a. a. O. § 169a Anm. 3c.
18) So bei Cession einer Forderung an einen Potentior. L. 2 C. 2, 13; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 335 Nr. 2, Anm. 20.

der allgemeine Rechtsgedanke eines Rechtsverlustes bzw. einer Hemmung der Rechtsausübung oder klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverwirkung im weiteren Sinne geläufig war.

2. Im germanischen Recht ist die Idee der Rechtsverwirkung vor allem im Rechtsinstitut der Verschweigung bekannt geworden[19]. Wollte jemand einen Rechtszustand als unrechtmäßig nicht gelten lassen, so mußte er seinen Widerspruch innerhalb bestimmter Frist seit erlangter Kunde zur Geltung bringen, andernfalls verschwieg er sich, wobei die in Frage stehenden Quellenstellen offen lassen, ob sie damit den völligen Verlust des Rechtes oder nur die Unzulässigkeit der Rechtsausübung gemeint wissen wollen. Nach dem Ausdruck der mittelalterlichen Quellen hatte der Widerspruch allgemein „binnen Jahr und Tag" zu erfolgen.[20] Dabei war dieser Rechtsverlust vielfach davon abhängig, daß der Richter Frieden wirkte und durch den Friedensbann alle Anspruchsberechtigten aufforderte, bei Strafe der Präklusion sofort oder binnen bestimmten Zeitablaufs ihre „rechte Widersprache" anzubringen. Nach Ablauf dieses Aufgebotsverfahrens trat Rechtsverwirkung im Wege der Verschweigung ein (Einzelheiten über den Fristenablauf, die Formalien und Voraussetzungen gehören nicht hierher). Interessant ist die an heutige Bestimmungen erinnernde Erscheinung, daß der Fristenablauf durch „echte Not" — nach dem Sachsenspiegel Gefängnis, Krankheit, Reichsdienst, Kreuzzüge usw. — gehemmt wurde. Die wichtigsten Fälle der Verschweigung bildeten sich im Gebiet des Sachenrechts im Rahmen der rechten Gewere aus.[21] Die rechte Gewere entstand im 9. Jahrhundert im Fränkischen Reich und zwar nach den Untersuchungen Brunners als ein Vorrecht des Königs, das im Anschluß an die bereits oben erwähnte Verschweigungsfrist bei der missio in bannum regis im Vollstreckungsverfahren zur An-

19) Vgl. zu dem Folgenden: Immerwahr, Die Verschweigung im deutschen Recht in Gierke, Untersuchung zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Jahrg. 48, 1895; ferner Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig 1930 § 1 S. 16 ff. Brunner: „Luft macht frei" in der Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Gierke 1910 S. 44 über die Frist von „Jahr und Tag".

20) Hübner a. a. O.; Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte München und Leipzig 1923; Brunner, Festgabe a. a. O. S. 44 ff. usw.

21) Vgl. hierzu Hübner a. a. O. § 28 V. Seite 217 ff.; ferner Brunner-Heymann § 47 S. 201; Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte im Grundriß der Geschichtswissenschaft 1915 S. 70, 74 u. 81; Gierke, Deutsches Privatrecht II § 113 S. 196 ff.

wendung gelangte. Schon hier galt der Grundsatz, daß nach Fristablauf die vorläufige Fronung zu endgültiger Konfiskation d. h. zum Rechtsverlust führte. Entsprechendes galt dann bei der richterlichen Grundstückauflassung, mit der die Aufforderung verbunden war, alle in Ansehung des Gutes bestehenden Ansprüche bei Strafe der Praeklusion anzumelden. Die Anwesenden hatten dies sofort zu tun, andere „binnen Jahr und Tag" d. h. innerhalb eines Zeitraums, der von drei echten und drei gebotenen Thingen ausgefüllt war. Die Wirkung der Verschweigung trat nicht nur gegenüber dinglich Berechtigten, sondern auch gegenüber schuldrechtlichen Ansprüchen betreffs des aufgelassenen Gutes ein, sodaß auch Forderungsgläubiger spätestens nach Jahr und Tag von jeder weiteren rechtlichen Geltendmachung ausgeschlossen waren. Gerade die Regelung des deutschen Privatrechts in Ansehung der rechten Gewere zeigt, daß die Verschweigung einem tiefen Bedürfnis germanischen Rechtsempfindens nachkommt, nämlich dem Publizitätsprinzip, d. h. dem Grundsatz der Offenkundigkeit! Die Betonung der Sichtbarmachung der Erscheinungsform aller Rechtsverhältnisse, das große Gewicht, das die germanische Rechtsentwicklung seit jeher auf die Kundbarmachung der Rechtshandlungen und Rechtsvorgänge legte, kommt in der hier geschilderten Verschweigungsfolge klar zum Ausdruck. Sie diente aber auch in hervorragender Weise der Sicherheit des Rechtsverkehrs, weil alles, was vor der Gerichtsgemeinde erklärt oder vom Richter bestätigt war, dem Vertrauen der Volksgemeinschaft schlechthin zugänglich und der Berufung auf den Rechtsschein dienlich war. Daraus kann schon hier gefolgert werden, daß die Verschweigung des deutschen Rechts eine der wichtigsten Grundfunktionen derartiger rechtlicher Machtgestaltungen bildete, sodaß sie nicht als Ausnahmeerscheinung, sondern als tragendes Rechtsprinzip gekennzeichnet werden muß.

Dem deutschen Recht waren aber noch weitere Fälle der Verschweigung bekannt. Wir weisen in diesem Zusammenhange auf die Verschweigung der Erbansprüche, der Rechte an Fundsachen, auf die Verschweigung des Herrenrechts und der Freiheit hin. Auch diese Fälle können hier nur in Kürze angedeutet werden. Hatte der Richter den beim Tode des Erblassers herrenlosen Nachlaß wegen Unbekanntschaft der Erben in Verwahrung genommen oder wollte der derzeitige Inhaber des Erbgutes dieses nur auf Grund richterlicher Ermächtigung herausgeben, so fand nach einer Reihe von Partikularrechten eine gerichtliche Erbeinweisung statt,

die binnen Jahr und Tag beantragt werden mußte. Nur innerhalb dieser Zeit „stand das Erbhaus offen". Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist verlor der Erbe sein Recht durch Verschweigung, sofern er sich nicht in echter Not befand[22]). Das Gut wurde als erblos eingezogen. Der Finder einer Sache muß im älteren deutschen Recht die gefundene Sache öffentlich aufbieten, gegebenenfalls das Aufgebot durch die Obrigkeit herbeiführen. Auch hier knüpfte sich an diesen Akt der Obrigkeit die Verschweigungsfolge: Der Eigentümer verliert, wenn er sich nicht binnen 6 Wochen meldete, sein Eigentum. Dies verfiel der Obrigkeit, also dem König, dem Gerichts- oder Grundherrn, der Kirche oder der Gemeinde[23]). Vielleicht am bekanntesten ist der Fall, daß in jener Zeit, wo durch das Aufblühen der Städte der bürgerliche Beruf den zahlreichen landflüchtigen Elementen die Möglichkeit eines besseren Fortkommens bot, der Herr sein Gewaltrecht über die in die Stadt entlaufenen Hörigen verlor, wenn er nicht binnen Jahr und Tag seine Rechte geltend machte. Der für die Entwicklung des Bürgerstandes im deutschen Städtewesen bedeutsame Grundsatz: „Luft macht frei"[24]) bedeutete Verwirkung des Herrenrechts durch Verschweigung. Entsprechendes galt im Lehensrecht. Hier konnte Verwirkung eintreten durch Treubruch, Rechtsverweigerung, Entziehung des Gutes usw.[25]). So wurde der Satz: „Wer Jahr und Tag schweiget, der schweige fürbas ewigk" zu einer der bedeutendsten Rechtsfunktionen des mittelalterlichen deutschen Privatrechts[26]). In diesem Sinne heißt es auch schon im Sachsenspiegel 3/44,3 und 2/49,2: „daß jemand sich an seinem Rechte oder daß er seinen Hof verwirket"[27]). Die zuletzt erwähnten Fälle erinnern an die auch unserem Recht bekannte Verwirkungs- oder Verfallklausel. Hier zeigt sich also die innere Verwandtschaft von Verwirkung und Verschweigung.

Neben den erwähnten Fällen der Verschweigung ist auch noch auf das dem deutschen Recht bekannte Institut der Unvordenklich-

22) Heusler, Institutionen Bd. 2 S. 538, 564 und Sachs. Sp. I 28; siehe Hübner a.a.O. § 103 S. 743.

23) Edict. Rothari C. 343, — Sachs. Sp. II Art. 37 § 1 und 3; Gierke a.a.O. Bd. 2 § 132 Nr. 4; Brunner-Heymann, Grundzüge S. 205.

24) Brunner, „Luft macht frei" in der Festgabe für Gierke 1910 Bd. 1 S. 1 ff.; ferner Brunner-Heymann a.a.O. S. 98 u. S. 200 Anm. 5.

25) Hübner § 47 S. 369.

26) Vgl. hierzu Codex diplomaticus Silesiae von 1436, 4, 54 Nr. 97 Kayser Ludwigs Rechtsbuch von 1346 Nr. 129.

27) Weinheimer Stadtrecht: „Wer den Hals verwirket" S. Endemann Hdwb. d.R.W. a.a.O. S. 634.

keit hinzuweisen. Es enthielt eine der Verschweigung ähnliche Wirkung. Besteht seit Menschengedenken ein Zustand ohne Störung und Anzweiflung, so wird er als Rechtszustand anerkannt und unter Rechtsschutz gestellt. Wie bei der Verschweigung erzeugte der Rechtsschein die legitimierende Kraft, mochte auch der Ursprung des Rechtsbestandes im Dunkel liegen[28]. Der das gesamte deutsche Recht beherrschende Grundsatz von der Publizität kennzeichnete sowohl die Unvordenklichkeit wie die Verschweigung. Und da diese Betonung sichtbarer Erscheinungsformen von Rechtsverhältnissen, wie wir sie erwähnten, nach deutschem Rechtsdenken in ausgezeichneter Weise der Sicherheit des gesamten Rechtsverkehrs diente, darf man für das deutsche Privatrecht feststellen, daß das Rechtsinstitut der Verschweigung im höheren Sinne nicht dem Recht des Einzelnen, sondern der Ordnung des Ganzen zu dienen bestimmt war. Dabei kann es ganz dahingestellt bleiben, ob man die deutschrechtliche Verschweigung als allgemeines Rechtsinstitut anerkennen will oder nicht[29]. Die Verschweigungsidee war jedenfalls, mag sie auch nicht als präcises Institut ausgebildet gewesen sein, dem deutschen Privatrecht allgemein bekannt[30].

3. Auch im BGB. finden sich Vorschriften, die von der Verwirkung handeln. Es ist ein fester Sprachgebrauch des Gesetzes, wenn es in den §§ 1680, 1495, Nr. 5, 1684, 1698, 1771 II von der Verwirkung der elterlichen Gewalt infolge strafgerichtlicher Verurteilung wegen eines an dem Kinde begangenen Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens spricht. Dies bedeutet, daß das Recht der elterlichen Gewalt gegenüber dem Kinde, an dem sich der Vater verfehlt hat, kraft Gesetzes erlischt[31]. Im Recht der Vertragsstrafe wird im § 339 ff. BGB von einer Verwirkung in dem Sinne gesprochen, daß gemäß der getroffenen Vereinbarung neben dem Erfüllungsanspruch bzw. an seiner Stelle der Anspruch auf die Leistung der Vertragsstrafe zur Entstehung gelangt. Die

28) Hübner a.a.O. S. 17.

29) Vgl. hierzu Fischer, Die dogmatischen Grundlagen der Verwirkung S. 17; ferner Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts 1885 Bd. 1 S. 358.

30) Insofern sind die Vorwürfe, die z. B. Sontag: Gibt es eine Verschweigung des Aufwertungsanspruchs? in DJZ 1928 S. 868 — Endemann macht, der für das deutsche Recht ein allgemeingültiges Rechtsinstitut anerkennt, verfehlt; s. hierzu Endemann, Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs in DJZ 1928 S. 694; ferner derselbe: Verwirkung und Verschweigung im Hdwb.d.R.W. Bd. 6, S. 635. — Auch die Auffassung Paweleks a.a.O. S. 7 ist unzutreffend.

31) Achilles-Greiff Komm. z. BGB (1937) zu § 1680 Note 1.

Strafe verfällt, das bedeutet hier: Der Leistungsanspruch wird fällig[32]). Die Verwirkung ist hier die Folge des Verzugstatbestandes. Der Sache nach ist eine Verwirkung auch in denjenigen Vorschriften des BGB zu erblicken, in denen der Schuldner leistungsfrei wird, wenn der Berechtigte eine bestimmte Rechtshandlung vornimmt oder unterläßt. So wird der Bürge gemäß § 776 BGB insoweit frei, als er aus dem vom Gläubiger aufgegebenen Vorzugs- oder Sicherheitsrecht nach § 774 BGB hätte Ersatz verlangen können. Das Gesetz bringt damit nichts anderes zum Ausdruck, als was wir unter Rechtsverwirkung im weiteren Sinne zu begreifen haben. Dies zeigt sich klar, wenn im Art. 4 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes zum Versicherungsvertragsgesetz vom 30. Mai 1908 ausdrücklich von Verwirkung eines nicht rechtzeitig geltend gemachten Anspruchs die Rede ist. Wenn diese Vorschrift auf § 12 Abs. 2 V.V.G. verweist, in dem von einer Befreiung des Versicherers von seiner Leistungsverpflichtung gehandelt wird, sofern der Anspruch auf die Leistung nicht innerhalb einer bestimmten Frist gerichtlich geltend gemacht wird, so wird damit ganz ähnlich wie in dem oben erwähnten § 776 BGB die Leistungsbefreiung des Verpflichteten zu Lasten des Berechtigten allgemein als Rechtsverwirkung aufgefaßt[33]). In ähnlicher Weise schreiben die §§ 485 BGB, 94 und 179 Seemannsordnung § 27 des Gesetzes über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. 2. 1937[34]) vor, daß beim Gegebensein bestimmter Tatbestände für den Berechtigten ein Rechtsverlust eintritt. Auch hier handelt es sich um Fälle der Verwirkung in oben bezeichnetem Sinne. Fälle dieser Art lassen sich noch vermehren.

Eine zunächst etwas andere Bedeutung hat die sogenannte kassatorische Klausel, Verfallklausel oder Verwirkungsabrede genannt. Ihre Besonderheit besteht nach der Vorschrift des § 360 BGB darin, daß zu Gunsten des Gläubigers ein Rücktrittsrecht zur Entstehung gelangt. Doch läßt auch hier die Regelung des Gesetzes klar erkennen, daß die Entstehung des Gestaltungsrechts verabredungsgemäß geknüpft sein muß an das Erlöschen der Rechte des Verpflichteten bei nicht pflichtgemäßer Bewirkung seiner Leistung. Dies leitet wieder zur Rechtsverwirkung im weiteren Sinne über.

32) Planck Komm. z. BGB (1914) zu § 339 Note 1; Komm. der RGR (1934) zu § 339 Note 1; Achilles-Greiff zu § 339 Nr. 1 c.

33) Ueber Verwirkungsklauseln in Versicherungsverträgen s. V.V.G. § 6.

34) Früher § 6 des sog. Depotgesetzes v. 5. 7. 1896.

Denn aus der als Dispositivnorm zu erfassenden Vorschrift des § 360 BGB geht ja hervor, daß die Abrede der Parteien dahin gehen soll, daß im angegebenen Falle der Verpflichtete lediglich seiner Rechte verlustig gehen soll. Diese Regelung entspricht durchaus der allgemeinen Rechtsauffassung. Man geht daher nicht zu weit, wenn man in allen angezogenen Vorschriften eine gemeinsame Verbindungslinie vorfindet, deren Endpunkt immer wieder in der Rechtsverwirkung als Rechtsverlusttatbestand zu erblicken ist. Gleiches gilt schließlich auch von den zahlreichen Fällen der durch Parteivereinbarung oder Gestaltungsakt geschaffenen Rechtsverwirkung, denn im Sinne der begrifflichen Festlegung des hier vorgetragenen Rechtsinstituts kann es keinen Unterschied machen, ob der Rechtsgrund der Verwirkung unmittelbar auf Gesetz, auf Parteiabrede oder auf privatem Gestaltungsakt beruht. Daher ist auch unseres Erachtens z. B. die Erbunwürdigkeit nach § 2339 ff. BGB dem Gedanken der Verwirkung unterzuordnen, wenn auch die Erbunwürdigkeit nach heutigem Recht nicht unmittelbare Erbunfähigkeit, wie im gemeinen Recht, hervorruft. Dies wäre mit dem öffentlichen Interesse an der Kundbarkeit der Erbfolge nicht vereinbar ⟨Motive V 520⟩. Vielmehr muß die Erbunwürdigkeit von einer dazu befugten Person erst mit der Anfechtungsklage rechtzeitig geltend gemacht und der Erbe rechtskräftig für erbunfähig erklärt werden ⟨§§ 2340 bis 2343 BGB⟩. Aber das Entscheidende ist doch, daß die Wirkung der durchgeführten Anfechtung ⟨§ 2344 BGB⟩ eine absolute Verlustwirkung ist: Der für unwürdig erklärte Erbe scheidet rückwirkend aus der Erbenstellung aus, er hat wegen seines rechtswidrigen Verhaltens sein Erbrecht verwirkt.

Entsprechend der bereits in der geschichtlichen Untersuchung getroffenen Feststellung werden die hier erwähnten Fälle[35]⟩ durch ihren strafähnlichen Charakter gekennzeichnet, der ihnen anhaftet. Bald wird ausdrücklich, bald stillschweigend darauf hingewiesen, daß der Rechtsverlust wegen eines nicht nur objektiv zurechenbaren, sondern subjektiv schuldhaften Verhaltens eintreten soll[36]⟩ und wir gehen nicht zu weit, wenn wir sagen, daß der gesetzlich anerkannte und geschichtlich gewordene Begriff der Rechtsverwirkung seine tiefere innere Begründung in dieser strafähnlichen Kennzeichnung findet[37]⟩.

35⟩ Eine erschöpfende Aufzählung aller einschlägigen Tatbestände geht über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus.

36⟩ Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch 1. Bd. 1931 S. 418.

37⟩ Vgl. hierzu noch die §§ 352, 532, 545, 1570, 1680, 1771, 2005, 2006 BGB — 467 HGB — 17 Abs. 2 KO.

Hier setzt nun jene schöpferische und in gewissem Sinne völlig neuartige Entwicklung der Rechtspraxis ein, die dem Begriff der Verwirkung in engerem Sinne, von dem in dieser Abhandlung die Rede sein soll, ein durchaus neuartiges Gesicht gegeben, ihm eine gesteigerte Bedeutung verschafft und die eine Lücke in unserem Privatrechtssystem ausgefüllt hat.

## II. Uebersicht über die Entwicklung der Verwirkung in Rechtsprechung und Rechtslehre.

### 1. Rechtsprechung.

Es ist kein Zufall, daß, ähnlich wie bei dem Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung, auch bei der Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung handelsrechtliche Entscheidungen den Auftakt zu einer Neuorientierung auf diesem Gebiete bildeten. Den tieferen Grund hierfür bildet wohl die Vorschrift des § 346 HGB, derzufolge in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen unter Kaufleuten auf Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Das im Handelsrecht besonders zu Tage tretende Bedürfnis nach Klarheit und Durchsichtigkeit schwebender Rechtsbeziehungen, das zu besonders schneller Abwicklung derartiger Beziehungen drängt, war bereits im Jahre 1904 der Anlaß zu der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 60 Seite 348[38]), wonach der Verzugsgläubiger im Falle des § 326 Abs. 1 BGB mit der Abgabe der gesetzlich festgelegten Wahlerklärung nicht mehr zu hören sein sollte, wenn infolge Ablaufs einer durch die Umstände bedingten Zeitspanne in der Erklärung ein Verstoß gegen Treu und Glauben, überhaupt ein illoyales Verhalten zu erblicken war. Ausführlicher war bereits die Entscheidung des 2. Zivilsenats vom 23. Mai 1916[39]), die dem Käufer das Recht zur Beanstandung eines unter Kriegsklausel abgeschlossenen vom Verkäufer verspätet aufgehobenen Geschäftes deshalb absprach, weil die erst nach zwei Monaten seines Schweigens erfolgende Beanstandung sich nach objektiven Merkmalen als Verhalten gegen Treu und Glauben darstellte, sein Vorgehen deshalb illoyal sei[40]).

38) Vgl. übrigens bereits die Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 23, 83, auf die noch jüngst das Reichsgericht Bd. 155 S. 151 hingewiesen hat.

39) RG. Bd. 88 S. 264.

40) „ . . . so kann nur die Verwirkung der von dem Schweigen betroffenen Rechtsstellung in Betracht kommen".

In ähnlichen Bahnen bewegen sich die folgenden Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes etwa bis zur Zeit des Beginns der Aufwertungsrechtsprechung[41]. Bald wird gesagt, daß die Verkäuferin mit dem Recht der Vertragsaufhebung den Geboten von Treu und Glauben zuwider Monate und Monate hindurch in unstatthafter Weise gezögert habe, bald[42] der Käuferin ein Anspruch auf restliche Lieferung nach Ablauf eines Zeitraumes von mehr als zwei Jahren nach dem Kaufabschluß abgesprochen, weil in der Untätigkeit eine Verletzung der Pflicht des Gläubigers zu erblicken sei, den ihm zustehenden Anspruch unter den gleichen Grundsätzen von Treu und Glauben geltend zu machen, wie diese grundsätzliche Verpflichtung auch als die dem Schuldner obliegende Leistung vorgeschrieben sei[43]. Einen gewissen Abschluß in der Reihe dieser Entscheidungen bildet das Urteil des 6. Zivilsenats vom 5. Juli 1923 (Bd. 107 Seite 108.) Es handelt sich hier um die Zeit des Währungsverfalls. Die Herstellerin eines Werkes hatte dem Besteller erst nach zwei Monaten eine Preiserhöhung mitgeteilt. „Ein solches Verhalten der Herstellerin", führt das Reichsgericht aus, „läßt sich nur mit triftigen Gründen rechtfertigen. Ist sie (die Klägerin) zur Vorbringung solcher nicht imstande, so ist ihr Recht auf Erhöhung des Vertragspreises verwirkt."

Alle diese Entscheidungen werden erklärlich, wenn man sich vor Augen hält, welche besonders schwierigen wirtschaftlichen Verhältnisse namentlich in der Nachkriegszeit und in der Zeit des Währungsverfalles in Deutschland herrschten und wie unklar die Abwicklung schwebender Warengeschäfte beim Schweigen des Gesetzes dadurch wurde, daß weder das Bürgerliche Gesetzbuch, noch das Handelsgesetzbuch für die Geltendmachung von Gestaltungsrechten (Rücktrittsrecht, Aufhebungsrecht, Widerrufsrecht usw.) Fristen vorschreibt, sodaß eine Verzögerung der Geltendmachung dieser Gestaltungsrechte bei den außerordentlich schnellebigen Verhältnissen der damaligen Zeit als besonders illoyales Verhalten erscheinen mußte. Das galt ebenso für die Rechte der Vertragsparteien aus Kriegsklauseln und Freizeichnungsklauseln[44], wie für die Ausübung von Befugnissen aus kassatorischen Klauseln[45] und aus

41) RG. Bd. 91, S. 109.
42) RG. Bd. 95, S. 308.
43) Vgl. auch RG. Bd. 91 S. 345 und Bd. 95 S. 308. (Diese Entscheidung betrifft ein Stückeverzeichnis, daß der Käufer erst 2 3/4 Jahre nach dem Kauf forderte, er wurde seines Anspruchs für verlustig erklärt.)
44) Vgl. RG. in JW. 25, 329.
45) RG. in JW. 15, 572.

besonderen Rücktrittsrechten[46]). Es lag nahe, daß diese Rechtsprechung dann auch auf außerordentliche Kündigungsrechte von Dienst- und Mietverträgen Anwendung fand, ebenso auch auf den Fall der positiven Forderungsverletzung[47]). Man darf daher sagen, daß schon vor der Rechtsprechung in Aufwertungssachen sich in der Praxis der Satz herauskristalisiert hatte, daß in einer verspäteten Geltendmachung dieser dem Gläubiger zustehenden Rechte ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken sei, wenn dies nach den Umständen des Einzelfalles als illoyale Verzögerung erschien. Die Gesamtgestaltung des Falles, nicht allein das Zögern des Berechtigten und das bloße Vorhandensein eines Schwebezustandes auf der Seite des Gegners war entscheidend. Betont wird dabei der Gesichtspunkt, daß Treuwidrigkeit besonders dann gegeben sei, wenn der andere Teil aus den Umständen entnehmen mußte, daß der Gläubiger von seinen Rechten nicht mehr Gebrauch machen würde. So sagt eine diesbezügliche lehrreiche Entscheidung aus späterer Zeit[48]): „Nachdem der Konkurs über das Vermögen der Schuldnerin am 5. Februar 1925 eröffnet und die Klägerin wegen Verrechnung mit ihr bis zum 11. September 1927 in ungeänderten Beziehungen geblieben war, verstößt es gegen Treu und Glauben, nach so langer Zeit und ohne weitere Veranlassung folgenschweren Gebrauch von einem Recht zu machen, dessen Ausübung bei unbefangener Würdigung nicht mehr zu gewärtigen war."

Immerhin kann bei aller Reichhaltigkeit der Rechtsprechung in diesem problematischen Gebiet nicht davon gesprochen werden, daß sich in dieser Zeit eine geschlossene Verwirkungsrechtsprechung entwickelt hätte. Bestimmte fest umrissene Voraussetzungen wurden für das Vorliegen einer Verwirkung in den zahlreichen Entscheidungen ebenso wenig eindeutig herausgestellt wie es auch an einer Begriffsbestimmung durchaus fehlte. Der Begriff der Verwirkung wurde mehr als praktischer Notbehelf empfunden, um überall da zum Durchbruch zu gelangen, wo das lückenhafte Gesetz versagte. Man bediente sich einer Generalklausel, um zu praktisch vernünftigen Ergebnissen zu gelangen.

Dies wurde wesentlich anders durch die planmäßig und geschlossene Verwirkungsrechtsprechung, die unmittelbar nach Anerkennung der Aufwertung einsetzte. Hier bediente sich die Judi-

46) RG. in JW. 91, 57 und 108, 69 u. a. m.
47) RG. in Leipz. Ztschr. 1912 S. 927.
48) RG. in DJZ. 29, 1615.

katur in steigendem Maße der Verwirkung mit dem Bestreben, Begriff und Wesen schärfer herauszuarbeiten. Da die deutsche Wirtschaft den schärfsten Erschütterungen ausgesetzt worden wäre, hätte man höchstrichterlich die Zeit für die Zulässigkeit der Nachprüfung alter jetzt wieder neu aufgerollter Geschäfte, um deren Nachprüfung es ja bei den Manipulationen mit entwerteter Papiermark ging, allzu weit gespannt, so bedurfte es besonders sorgfältiger und gerechter Erwägungen, um zu befriedigenden Ergebnissen zu gelangen. Hatte man einmal die Aufwertung von Sach- und Goldwertleistung bejaht, so konnte der Neuordnung der Dinge nur gedient werden durch schnelle und tatkräftige Klarstellung der durch die Währungszeit in Verwirkung geratenen Wirtschaftsbeziehungen. Hier war es die Verwirkung, mit deren Hilfe es dem Reichsgericht gelungen ist, die deutsche Wirtschaft vor kaum wieder gutzumachendem Schaden zu bewahren. Ausgezeichnet haben sich hier die Entscheidungen des 6.[49] und vor allem die des 2. Zivilsenats[50], deren Bedeutung auch für die spätere Rechtslehre von grundlegender Art war, bewährt, sodaß man lange Zeit glaubte, in der Verwirkung ein typisches Institut der Aufwertung erblicken zu müssen[51]. Innerhalb der Aufwertungsrechtsprechung[52] wurde zunächst nur in den Fällen der freien Aufwertung die Verwirkung anerkannt[53], wobei anfangs auch nur solche Forderungen berücksichtigt wurden, die bereits in Papiermark durch vorbehaltlose Annahme seitens des Gläubigers getilgt waren[54]. Man ging dann aber auch zu solchen Fällen über, in denen die Papiermarkzahlung unter Vorbehalt erfolgte[55], auch wenn es sich um Forderungen handelte, die noch nicht getilgt waren[56]. Dann bezog man die Verwirkung auch auf Fälle der Aufwertung ganzer Vermögensanlagen, hinsichtlich deren die Aufwertungsgesetze besondere Regelungen enthielten[57]. Schließlich ist in einer Entscheidung aus dem Jahre 1932[58] auch die Ver-

49) Die erste amtliche veröffentlichte Entscheidung findet sich in RG. Bd. 110 S. 133 aus dem Jahre 1925.

50) Da er für Handelsgeschäfte im weiteren Sinne zuständig war, hat er die meisten Entscheidungen geliefert.

51) Hedemann: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht 1929 S. 274 Anm. 1, S. 382.

52) Vgl. hierzu die ins einzelne gehenden Darlegungen von Mügel in JW 27 S. 2915 ff.

53) Vgl. Bd. 117, S. 211, 358, Band 119, S. 234.

54) Siehe hierzu auch RG. in Höchstrichterliche Rechtsprechung 1928 Nr.818.

55) RG. in JW, 1929 S. 179.

56) RG. in Deutsche Richter-Ztg. 1933, Heft 1 Nr. 9.

57) Vgl. hierzu RG. Bd. 124, S. 43, Bd. 134, S. 357

58) Vgl. Bd. 139 S. 76.

wirkung von Ansprüchen für zulässig erklärt worden, die, wie die dinglich gesicherten Ansprüche, im Aufwertungsgesetz erschöpfend geregelt worden sind. Daß dieser Zug der Rechtsprechung dann sinngemäß auch bei allen aus der Zeit des Währungsverfalls stammenden Wertausgleichsansprüchen, gleichgültig ob sie als Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche in Erscheinung traten, zum Durchbruch kam, war nur eine Folge des jetzt schon allgemein anerkannten Verwirkungsgrundsatzes, wie er inzwischen auch von den unteren Gerichten anerkannt worden war[59].

Wirft man einen prüfenden Blick auf die immer wiederkehrenden Gedankengänge, wie sie in der Judikatur zum Aufwertungsrecht zum Ausdruck kommen, so kann man sagen, daß — jedenfalls in den späteren Entscheidungen —[60] als Rechtsgrundlage fast allgemein die Vorschrift des § 242 BGB herangezogen worden ist, mit der Maßgabe, daß nicht der Zeitablauf als solcher, sondern stets nur das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalles die Annahme einer Verwirkung rechtfertigen. Maßgebende Gesichtspunkte für eine genauere Abgrenzung der Verwirkungsvoraussetzungen enthielt schon die Entscheidung vom 1. November 1928[61]. Danach soll die Verzögerung des Aufwertungsverlangens allein nicht genügen, um eine Verwirkung zu rechtfertigen. Außer dem für die freie Aufwertung maßgeblichen Grundgedanken des § 242 BGB und der Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles soll besonders das Augenmerk auf die Verhältnisse der Parteien und die Art des in Frage kommenden Geschäftes gerichtet werden. „Es kann daher dann, wenn der Aufwertungsberechtigte lange Zeit mit der Geltendmachung seines Anspruchs gewartet und *dadurch* den Gegner veranlaßt hat, sich entsprechend einzurichten, unter Umständen die Sache so liegen, daß dann der Aufwertungsanspruch zu beschränken ist oder sogar ganz ausfällt. Aber es ist stets dabei zu prüfen, ob nach den Umständen dazu Anlaß ist." Wann im einzelnen ein allzu langes Warten vorliegt, gibt das Reichsgericht niemals mit abstrakten Maßstäben an. Hier soll der Richter frei

59) Vgl. hierzu auch RG. in Ring's Rechtsprechung in Aufwertungssachen 1931/32 Nr. 196.

60) Anfänglich arbeitete das Reichsgericht verschiedentlich mit einem stillschweigenden Verzicht des Gläubigers (vgl. Zeiler, Aufwertungsfälle des RG. Bd. 1 Nr. 43, 233, 43, 242, 43, 247 Bd. 3 Nr. 615, 650. Später ging man von der Verzichtfiction ab und stellte Verwirkung und Verzicht einander gegenüber (vgl. RG. Bd. 118, 375).

61) Zeiler a. a. O. Nr. 1634.

entscheiden. Aber dieses Warten muß Anlaß für den Gegner sein, sich in entsprechender Weise wirtschaftlich einzurichten. Hat er es getan und vermag der Gegner darzulegen, daß die von ihm getroffenen Maßnahmen seine Vermögenslage entsprechend beeinflußt haben, was mehrfach auch unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit geprüft wird[62]), dann soll für die Verwirkung Raum auch dann sein, wenn dem anspruchsberechtigten Gläubiger eine Kenntnis dieser einzelnen Vorgänge fehlte. Im allgemeinen bedarf es nur einer Prüfung des objektiven Vorliegens dieser Verkehrsvoraussetzungen, sodaß in denjenigen Fällen, in denen der Gläubiger die Schuldnerleistung nur mit Vorbehalt angenommen hatte, eine Verwirkung zu Lasten des Gläubigers verneint wurde, wenn der Schuldner mit der Aufwertung rechnen mußte. Es war Sache des Schuldners, sich seinerseits Kenntnis von der Rechtsprechung in Aufwertungssachen zu verschaffen, sodaß er nicht ohne weiteres Maßnahmen treffen durfte, auf Grund deren er mit der Nichtgeltendmachung des Aufwertungsanspruches rechnen konnte[63]). Auf Seiten des Gläubigers wird allerdings allgemein verlangt, daß er von seinem Aufwertungsanspruch Kenntnis hat, zumindesten daß ihm eine solche Kenntnis zuzumuten war, andernfalls ist für die Verwirkung kein Raum. Wann er von seinem Anspruch sichere Kenntnis haben mußte, diese Frage wurde in der Aufwertungsrechtsprechung allerdings sehr schwankend beurteilt[64]). In gleicher Weise wurde auch unterschieden, ob es sich um lebenswichtige Geschäfte oder um solche des täglichen Lebens handelte. Letztere verlangen nach schnellerer Abwicklung und führen bei Abwarten des Gläubigers früher zur Verwirkung als jene, die mit Rücksicht auf ihre Wichtigkeit und Bedeutung ein längeres Zuwarten des Gläubigers als gerechtfertigt erscheinen lassen. Auch werden Kaufleute anders behandelt als Nichtkaufleute. Der Maßstab bei jenen ist schon nach den Geboten der Handelssitte ein strengerer und verlangt eine eiligere Abwicklung als dies bei Nichthandelsgeschäften der Fall ist.

Aus alledem ist zu ersehen, daß die Verwirkungsrechtsprechung im Gebiete der Aufwertung in ihren Grundzügen etwas völlig Neues geschaffen und in verhältnismäßig kurzer Zeit sich zu einer geschlossenen Rechtspraxis entwickelt hat, wobei allerdings eine dogmatische Durchdringung des Verwirkungsproblems selbst noch völlig

62) Zeiler a. a. O. Nr. 1212 und Nr. 1395.
63) Zeiller, a. a. O. Nr. 1342.
64) Vgl. hierzu RG. in JW. 29, S. 1875 Anm. von Quassowski.

fehlt. Die Aufwertungsrechtsprechung war gewissermaßen nur ein Auftakt zur folgenden Entwicklung und Hedemann[65] konnte daher noch 1929 sehr wohl im Irrtum sein, wenn er des Glaubens war, die Verwirkung würde mit der ganzen Aufwertung in absehbarer Zeit verschwinden. Der tiefere urdeutsche Gehalt des in der Verwirkung schlummernden Rechtsgedankens hätte ihn allerdings von der Fehlerhaftigkeit seiner Ansicht überzeugen müssen.

So erscheint es erklärlich, daß nach diesen ersten Anfängen der Verwirkung sehr bald ein weiterer Raum geschaffen wurde in denjenigen Rechts- und Lebensverhältnissen, die sich durch die Schnelligkeit ihres Entstehens und Vergehens und durch die starke Kollisionsnatur widerstreitender Interessen als für die Anwendung dieser Rechtsfigur besonders geeignet zeigen. Es ist dies in erster Linie das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes[66].

In drei Bezirken hat sich hier die Judikatur des Verwirkungsgedankens besonders bemächtigt:[67] Einmal auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts, sodann im eigentlichen Urheberrecht und schließlich im Patent- und Musterschutzrecht. Zunächst ging es bei der Frage des wettbewerblichen Schutzes von Warenzeichen um das Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen durch allzu langes Schweigen des eingetragenen Zeichenberechtigten sein Unterlassungsanspruch gegen den Verwerter verwechslungsfähiger Warenzeichen der Verwirkung anheimfallen kann. Grundlegend war hier die berühmte „Goldina"-Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1925[68], in der der höchste Gerichtshof dahin entschied, daß das formale Zeichenrecht nur innerhalb derjenigen Grenze ausgeübt werden dürfe, die durch die Grundsätze lauteren Wettbewerbs und guter kaufmännischer Sitten, denen auch das formale Zeichenrecht unterstehe, gezogen seien. Für die Klägerin war das Vorratszeichen „Goldina" schon seit dem Jahre 1906 für ihre Produkte in die Warenzeichenrolle eingetragen. Erst im Jahre 1923 entschloß sie sich zur Klageerhebung, ohne das Zeichen bis dahin in Gebrauch genommen zu haben, während die Beklagte das Wort „Goldina" durch mühevollen Aufbau ihres Unternehmens zum Kenn- und Schlagwort gemacht und es im Jahre 1921 hatte eintragen lassen.

65) Reichsgericht und Wirtschaftsrecht 1929 S. 274 Anm. 1 und S. 382.

66) S. zu dem Folgenden vor allem Oppenheim, Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz, 1. Kap. S. 4 bis 18.

67) Vgl. hierzu Reimer in GRUR 32, S. 345 ff. Siehe auch Schumann, a. a. O. S. 1135 ff.

68) 2. Zivilsenat Bd. 111 S. 192.

Das Zeichen ihres Geschäftes war zu allgemeiner Verkehrsgeltung gelangt. Mit außergewöhnlicher Klarheit wendet sich das Reichsgericht in dieser Entscheidung gegen den Grundsatz der Priorität, demgemäß allerdings die Klägerin zur Zeichenführung allein berechtigt gewesen wäre, die Klägerin habe aber — so führt das Reichsgericht aus — während der ganzen Zeit vor der Klageerhebung ihr Zeichen nicht benutzt und daher nichts dazu getan, die Verwertung durch den Beklagten zu verhindern. Eine Verurteilung des Beklagten würde lediglich den Erfolg haben, diesem um die Früchte seines Schaffens zu bringen. Das aber widerspreche den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs und rechtfertige die Verwirkung des klägerischen Rechts. Das Reichsgericht spricht hier von einem Recht höherer Ordnung[69].

Die zweite besonders wichtige Entscheidung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Warenzeichenrechts betraf den sogenannten „Grammovox"-Fall. Die Deutsche Grammophon-Gesellschaft, die allzu lange („Jahr und Tag") mit ihrem Unterlassungsanspruch, der ihr auf Grund eines älteren Abwehrzeichens zustand, gegenüber einer Konkurrentin, die das Wortzeichen „Vox" führte, gezögert hatte, erklärte das Reichsgericht[70] ihres Rechts als Klägerin für verlustig. Es beschränkte sich aber nicht nur auf die Anerkennung der Verwirkung bei älteren noch unbenutzten Zeichen, sondern ging späterhin auch auf solche Fälle über, in denen Warenzeichen von dem Berechtigten benutzt worden waren. In dieser Beziehung ist vor allem die sog. „Gazellen"-Entscheidung zu erwähnen[71].

Einen wesentlichen Fortschritt in dieser Entwicklung bedeutet die „Hunyadi-Janos"-Entscheidung vom 27. Oktober 1931, in der zum ersten Mal auf den das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben hingewiesen wird. Wer so spät sein Wettbewerbsrecht verfolge und durchsetze — so heißt es hier —, daß er den Besitzstand des Gegners, der mit Mühe und Kosten geschaffen sei, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, habe sein Recht verwirkt. Dabei sei es gleichgültig, ob der schutzwürdige Beklagte gutgläubig gewesen sei oder nicht. Entscheidend sei der wertvolle Besitzstand des Verletzers[72]. In

69) RG. Bd. 114 S. 360.

70) Bd. 114, S. 360 ff. = J.W. 27, S. 108.

71) GRUR 1929 S. 493. — Anders noch die Entscheidung in JW. 1928 S. 2080, in der das Reichsgericht noch nicht so weit gegangen war.

72) RG. Bd. 134,38, ferner GRUR 32,308 (Marienbad) und 32,300 (Alfa)

dieser Entscheidung kommt deutlich der Fortschritt der Entwicklung zum Ausdruck. Denn noch in früheren Urteilen[73] hatte das Reichsgericht Gutgläubigkeit auf Seiten des Beklagten verlangt, wobei ursprünglich vorhandene Bösgläubigkeit des Verletzers dann seinem Verwirkungseinwand nicht mehr entgegenstehen sollte, wenn sich durch Ablauf einer entsprechenden Zeit sein Zuwarten nach vernünftigem Ermessen in gutem Glauben an die Berechtigung seines Verhaltens umgewandelt hat. Daher wurde von der Rechtsprechung auch ein strenger Maßstab an die Kontroll- und Ueberwachungspflichten des berechtigten Warenzeicheninhabers gestellt. Das Reichsgericht vertrat den Standpunkt[74], daß ein grob fahrlässiges Verhalten des Berechtigten in Ansehung seiner Ueberwachungspflicht, seiner Kenntnis oder seines Nichtstuns einer Billigung gleichkomme.

Es soll allerdings nicht verschwiegen werden, daß die Praxis des höchsten Gerichtshofes nicht absolut eindeutig, sondern teilweise schwankender Natur war. So wurde das einseitige Erfordernis des wertvollen Besitzstandes teilweise wieder fallen gelassen[75]. Als entscheidend wurde vielmehr der Gedanke des allgemeinen Interesseausgleichs auf dem Boden der Vorschrift des § 242 BGB erachtet. Auch die Priorität der Eintragung wurde wieder mehr in den Vordergrund gerückt[76]. In einer weiteren Entscheidung[77] wurde ein sofortiges Vorgehen des Verletzten dann nicht verlangt, wenn er sich zunächst mit einer Feststellung begnügte, ob der Konkurenzbetrieb überhaupt Aussicht auf Bestand und Entwicklung haben oder ob dies nicht der Fall sein würde. Auch Interessen der Allgemeinheit wurden für beachtlich erklärt[78].

Von diesen Schwankungen abgesehen ist aber daran festzuhalten, daß das Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht nach Abschluß der Entwicklung der Aufwertungsrechtsprechung das eigentliche Einfallstor für die Anwendung der Verwirkungsrechtsprechung auf allen weiteren Gebieten des Privatrechtes bildete.

So bezeichnete es einen weiteren Fortschritt, als das Reichsgericht allgemein die Verwirkung von Ansprüchen im Gebiete des unlauteren Wettbewerbs auch außerhalb des Warenzeichenschutzes

73) GRUR 30, 1203, GRUR 31, 161, 397, 861 usw.
74) Siehe noch RG. 127, 32
75) GRUR 32, 872.
76) s. Entscheidung in GRUR 33,65
77) Siehe GRUR 33,583
78) So die Entscheidung in GRUR 33,782.

anerkannte. Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht gehören ja seit jeher zusammen. Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, sei vor allem auf die Entscheidung Bd. 123, 38 ff. hingewiesen, in der ausgeführt wird, daß der Gedanke der Verwirkung weder auf ersitzungsähnlichen Gesichtspunkten noch auf dem Erfordernis beruhe, daß sich Kläger bei seiner Anspruchsverfolgung selbst dem Vorwurf unlauteren Wettbewerbs aussetze: Er beruhe vielmehr „auf dem das ganze Wettbewerbsgesetz beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, welchem eine Rechtsverfolgung entgegensteht, wenn sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als einen vom Kläger geduldeten und erlaubten ansehen darf." Es komme auf die Umstände des Einzelfalles an, und zwar in erster Linie auf Seiten des Beklagten. Die Kenntnis des Klägers von der Wettbewerbshandlung des Verletzers sei keineswegs notwendige Voraussetzung für die Anerkennung einer Verwirkung[79]).

Das für das Gebiet des Urheberrechts maßgebende Urteil findet sich im 129. Band Seite 258. Auch hier soll sich ein nachträgliches Vorgehen gemäß den Umständen des Einzelfalles als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen können, da urheberrechtliche Rechtsverletzung nicht anders beurteilt werden könne als solche wettbewerblicher Art. Es wird auch hier wieder auf den wertvollen Besitzstand im Wettbewerb und Verkehr hingewiesen. Besonders interessant ist hier die Entscheidung im Wilhelm-Busch-Prozeß[80]). Hier heißt es: „Verwirkung wie sie im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht möglich und durch die Rechtsprechung ausgebildet ist, wird für das Urheberrecht nicht grundsätzlich abzulehnen sein, aber hier nur ausnahmsweise in Betracht kommen." Ueber die Besitzstandslehre im Gebiet des Urheberrechts selbst spricht sich das Reichsgericht nicht im einzelnen aus.

Hinsichtlich des Patent- und Musterschutzrechts ist auf die Entscheidungen zu verweisen, in denen wiederum ein Verstoß gegen Treu und Glauben dann für gegeben erachtet wird, wenn der Berechtigte jahrelang Nachahmungen duldet, ohne einzuschreiten[81]).

79) In gleicher Richtung bewegt sich die RG-Entscheidung Bd. 121 S. 321.

80) Vgl. hierzu die Entscheidung des RG. in MuW 1930 S. 371 und GRUR 1932 S. 721.

81) Dieser Gesichtspunkt wird besonders hervorgehoben in der Entscheidung betr. das Urheberrecht in GRUR 30,982 = RG. 129,258 (Urteil v. 25. 6. 1930) Ihr liegt aber auch die Patentrechtsentscheidg. des RG in MuW 30,371 zugrunde. Mit Recht! Ist doch das Patentrecht im weiteren Sinne Urheberrecht (Recht der geistigen Schöpfung) s. de Boor in Frank.Nat.soz.Hdb. S. 1015 und 1021.

Hier wird besonders auf die Entwicklung von Technik, Wirtschaft und Verkehrswesen hingewiesen. Das Reichsgericht hält eine besonders sorgfältige Prüfung dieser Umstände für geboten. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben sei zu Gunsten des Verletzten dann nicht anzunehmen, wenn die stillschweigende Duldung dadurch zu erklären sei, daß die Verletzungen anfangs als unbedeutend und ein Vorgehen gegen sie als unlohnend habe erachtet werden können: Erlangen aber durch spätere Veränderungen in Technik, Wirtschaft und Verkehrsleben die Eingriffe in das Urheberrecht größere Bedeutung, sodaß es nunmehr nötig erscheint, sie abzuwehren, dann kann dem Kläger und Verletzten nicht entgegengehalten werden, seine Rechtsverfolgung verstoße, weil er vorher untätig abgewartet habe, gegen Treu und Glauben[82].

Das Reichsgericht ist daher auch in der erwähnten Patentrechtsentscheidung[83] der Auffassung, daß weder allgemein ein Verzicht, noch eine Verwirkung angenommen werden könne, wenn die Klägerin, der jahrelang die Verletzungen des Gegners bekannt gewesen seien, dagegen nicht eingeschritten sei. Unter besonderen Umständen sei aber eine „Einrede der Arglist" möglich. Diese greife dann Platz, wenn dem Kläger, der jahrelang Verletzungen seines Patentrechtes hingenommen habe, entgegengehalten werden könne, daß er die Geltendmachung seiner Rechte wider Treu und Glauben hinausgezögert habe, „um daraus einen besonderen Vorteil zu ziehen." Unter Hinweis auf die dreijährige Verjährung des Patentverletzungsanspruchs, meint der höchste Gerichtshof allerdings, werde die Arglisteinrede nur selten gegeben sein.

Das Bild, das wir in den vorhergehenden Darlegungen von der Entwicklung der Reichsgerichts-Entscheidungen gegeben haben, wäre nicht vollkommen, wenn nicht noch in Kürze auf die Verwirkungsrechtsprechung im Gebiete des Arbeitsrechts, des allgemeinen Schuldrechts und des öffentlichen Rechts eingegangen würde. —

Im Arbeitsrecht ist es zunächst zweifelhaft gewesen, ob ein Arbeitnehmer auf Lohnteile, die ihm nach dem seinerzeit noch geltenden Tarifvertragsrecht zustanden, wirksam verzichten könne. Von Seiten der Arbeitgeber wurde damals allgemein darauf hingewiesen, daß in der wiederspruchslosen Annahme eines untertariflichen Lohnes ein Verzicht der Arbeitnehmer auf die Tarifgebührnisse

82) RG, 129, 258 ff.
83) MuW 30, 371.

zu erblicken sei. Da der Lohn in den meisten Fällen bereits fällig war, vertrat man die Auffassung, daß die Unabdingbarkeit der Tarifbestimmungen einem solchen Verzicht nicht im Wege stünde. Die älteren Entscheidungen würdigen nun diese arbeitsrechtlichen Tatbestände noch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung, sondern lediglich unter dem des Verzichts. Die Rechtsprechung hat teilweise einen derartigen Verzicht weitgehend anerkannt[84]. Abgelehnt wurde ein derartiger Verzicht nur da, wo es dem betreffenden Arbeitnehmer offenbar an einem Verzichtwillen gefehlt hatte[85]. In Fällen, in denen der Arbeitnehmer aber allzu lange damit wartete — vielleicht bis zu zwei Jahren —, seine berechtigten Lohnansprüche nach widerspruchsloser Hinnahme des untertariflichen Lohnes geltend zu machen, versuchte man dann auf Seiten der Unternehmer, ein derartiges gegen die Billigkeit verstoßendes Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung zurückzuweisen[86]. Wenn hier auch der Ausdruck „Wirkung" in den angeführten Entscheidungen noch nicht gebraucht wird, so ist eine solche doch der Sache nach gemeint. Im Zuge dieser Enntwicklung hat dann auch das Reichsarbeitsgericht den Verwirkungsbegriff späterhin allgemein anerkannt[87]. Auch dieser Gerichtshof stützt sich dabei auf den Grundsatz von Treu und Glauben, dem es zuwiderlaufe, wenn der Kläger erst jetzt mit Ansprüchen hervortrete, die er während einer langjährigen Arbeitszeit nicht erhoben hätte, obwohl dies von ihm billigerweise verlangt werden könnte. Die Ueberschrift der Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 6. 7. 1928[88] enthält ausdrücklich das Wort „Verwirkung". Das neue Arbeitsrecht mußte zunächst von der Erkenntnis ausgehen, daß in Streitigkeiten, wie sie uns hier vorligen, eine Verwirkung grundsätzlich deshalb nicht zur Hebung kommen könne, weil die Tarifordnung einen wesentlich anderen Rechtscharakter trage als dies in den Tarifverträgen von ehedem der Fall war, die Tarifordnung als Rechtsverordnung einer Reichsbehörde Gesetzescharakter habe und daher unabdingbar sei[89]. Trotzdem hat das Reichsgericht

84) R.A.G. in JW. 27, 241. JW. 28. 1077, 1664 ff, JW. 30, 2152, RAG. Bensheimer Sammlung II No. 1. 3, 27, 73, Bd. 3 Nr. 12. 18, 36, Bd. 4 Nr. 32 usw., Bd. 5 Nr. 30 usw.

85) RAG. in JW. 30, 2152, RAG. in Bensheimer Sammlg. V 115.

86) RAG. in Sammlung Bensheimer 9.492 und 496.

87) RAG. in Sammlung Bensheimer 12.147 und 232, Bd. 14, 11 ff., 165, Bd. 11, 67, 223 u.a.m.

88) RAG. in Sammlung Bensheimer Bd. 3, 58 = amtliche Sammlung Bd. 2, 41.

89) Vgl. hierzu Richter: Die Rechtswirkung der Tarifordnung in JW. 1934, S. 1013 ff.; Greil: Grenzen der Verwirkung in Arbeitsrecht und Schlichtungswesen 1933 S. 6 ff.

an der fortgeschrittenen Rechtsprechung auch hier festgehalten, allerdings mit Einschränkungen, wobei insbesondere Kenntnis des Verletzten vom Bestehen des Anspruchs verlangt und die Verwirkung da ausgeschlossen wird, wo ihr ein Interesse der Allgemeinheit im Wege steht[90].

Eine zweite Gruppe von Tatbeständen im Gebiet des Arbeitsrechts betraf Fälle, in denen ein Arbeitnehmer trotz Vorliegens eines Grundes zu fristloser Entlassung zunächst weiter beschäftigt worden war, dann aber nach längerer Zeit dennoch entlassen wurde[91]. Auch hier bediente sich die höchstrichterliche Rechtsprechung der Verwirkung, um teils dem Arbeitgeber infolge seines widerspruchsvollen Verhaltens seines Kündigungsrechts auf Grund der längere Zeit hindurch anhaltenden Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers, teils diesem mit Rücksicht auf sein stillschweigendes Einverständnis mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei zu Unrecht erfolgter Kündigung seiner Rechte für verlustig zu erklären.[92].

Man erkennt also auch im Bereich der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung die Geltung der gleichen Grundsätze und Gesichtspunkte wieder, die die Entscheidungen auf den bisher hier erörterten Gebieten kennzeichnen. Wenn der Arbeitnehmer unter Kündigungsdruck und in unbilliger Weise den Minderlohn entgegennimmt,[93] wird die Verwirkung für ausgeschlossen erklärt. Gleiches gilt, wenn, wie schon oben erwähnt wurde, die Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen und der Wunsch nach Anwendung der Verwirkung lediglich zur Umgehung der Verjährungsvorschriften erhoben wird[94]. Wohl aber kann ein Urlaubsanspruch der Verwirkung anheimfallen[95], auch Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung gehören hierher[96]. Immerhin muß aber als Ergebnis festgestellt

90) Vgl. die wichtige Entscheidung RG. Bd. 144,23 JW. 35,2490, ferner JW. 1935, 1304 und 1898 ff.

91) RG. in Sammlg. Bensheimer 9,393, 13,453, 20,64 u.a.m.

92) Die Verwirkung wird in einer sehr interessanten Entscheidung auf die exceptio doli unter Berufung auf das Kündigungsschutzgesetz vom 9. 7. 1926 gestützt. Siehe R.A.G. Bensheimer Sammlg. 20,225.

93) RAG. in JW. 35, 1900.

94) RAG. in JW. 35, 1900.

95) RAG. Amtliche Sammlung Bd. 9, S. 27, 31.

96) RAG. Bd. 14 S. 1 ff.

werden, daß die Verwirkung als Rechtsbegriff im Arbeitsrecht volle höchstrichterliche Anerkennung gefunden hat[97]).

Von Entscheidungen, die die Verwirkung im weiteren Bereich des allgemeinen Schuldrechts bzw. Privatrechts behandeln, sind vor allem das Urteil des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts Bd. 123 S. 214 zu erwähnen, demzufolge Schadensersatzansprüche eines Käufers nach Treu und Glauben für verwirkt erklärt werden, weil er die gekauften Tiere längere Zeit hindurch benutzt und sich dann erst auf seine Rechte berufen hat. Dieser Entscheidung liegt der bekannte Riezler'sche Gedanke vom contra factum proprium zugrunde. In der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 123 S. 163 wird eine Transportversicherungs-Gesellschaft ihrer Prämienansprüche für verlustig erklärt, weil diese den Beklagten in Ansehung der Geltendmachung ihrer Prämienansprüche jahrelang im Unklaren gelassen hatte. Auch das Mietschuldverhältnis ist hier zu erwähnen[98]).

Es kann allerdings nicht verschwiegen werden, daß in jüngster Zeit besonders durch zwei Entscheidungen die Einheitslinie der Verwirkungsjudikatur durchbrochen worden und der Standpunkt vertreten worden ist, das dem Verwirkungsgedanken allgemeine Bedeutung nicht beizumessen sei. Es sind dies die Entscheidungen des Reichsgerichts 7. Zivilsenat vom 17. April 1934 (RGZ Bd. 144 S. 22) und die Entscheidung des gleichen Senats vom 10. November 1936 (Reichsgericht in JW. 1937 Nr. 2 S. 610 ff.). Eine unbefangene Andeutung der Entscheidungen muß den Eindruck erwecken, daß der höchste Gerichtshof hier eine Einschränkung des alle Rechtsgebiete umfassenden Verwirkungsgedankens hat vornehmen wollen. Es ist das Verdienst Sieberts[99]), nachgewiesen zu haben, daß das Reichsgericht in diesen Entscheidungen mit einen zwiefachen Verwirkungsbegriff arbeitet. Einmal kenne die beanstandete Judikatur die Verwirkung als Folge reinen Zeitablaufs neben der Verjährung, und sodann kenne sie eine Verwirkung als Niederschlag des Verstoßes gegen Treu und Glauben wegen unbillig verzögerter

---

97) Vgl. auch RG. Bd. 126 S. 57, wo entschieden wird, daß ein ehemaliges Mitglied des Angestelltenrates nach Ablauf einer Zeit von ca. 15 Monaten nach der Kündigung die fehlerhafte Zusammensetzung des damaligen Angestelltenrates und die Ungültigkeit der von diesem gebilligten Kündigung nicht mehr vorzubringen berechtigt ist. Er hat also im Sinne der Rechtsprechung sein Recht verwirkt.

98) Vgl. RG Bd. 126 S. 319, s. auch RG vom 3. 6. 1931 in „Grundeigentum", Jahrg. 1931 S. 1327 sowie RG. in JW. 1935 S. 2883.

99) Vgl. JW. 1937 Anm. zu Nr. 2 S. 612 ff.

Geltendmachung. Die zuerst erwähnte Verwirkung soll nach der Auffassung des 7. Zivilsenats nur für bestimmte Sondergebiete anzuerkennen sein, während der zuletzt genannten Verwirkung generelle Bedeutung zukomme. Mit Recht bemängelt Siebert diese sowohl terminologisch nicht glückliche, wie sachlich unrichtige Lösung des Verwirkungsproblems, weil der Bedeutung der Verwirkung als einheitlichen Rechtsinstituts nur dadurch genügt werden kann, daß man sie konstruktiv und dogmatisch streng einheitlich zu erfassen sucht. Da nun — so meint Siebert — die Rechtsprechung ja selbst in zahlreichen Entscheidungen festgestellt habe, daß dem bloßen Zeitablauf als solchen nicht einmal im Aufwertungsrecht, wo er stärker in den Vordergrund trete, entscheidende Bedeutung für den Verwirkungsbegriff beizumessen sei, es vielmehr das im Einzelfall durch die gesamten Tatumstände begründete Vertrauen auf die Nichtgeltendmachung sei, das eine Leistung späterhin unzumutbar mache und die Verwirkung rechtfertige, so müsse man zwingend zu dem Ergebnis gelangen, daß für verschiedene Verwirkungsbegriffe insbesondere in Konkurrenz mit der Verjährung keinesfalls Raum sei. Siebert gelangt zu der Forderung: „Das Reichsgericht muß daher hier sachliche und terminologische Klarheit schaffen[100]."

Es ist erfreulich, daß das Reichsgericht in der jüngsten Entscheidung Bd. 155 S. 151 nunmehr dahin Klarheit geschaffen hat, daß es sagt, die vom Schrifttum vertretene Meinung, die oben erwähnten Entscheidungen enthielten eine Einschränkung des allgemeinen Verwirkungsgrundsatzes, sei nicht richtig. Ohne dies im einzelnen zu begründen, erklärt sich jetzt das Reichsgericht in Uebereinstimmung mit der auch sonst noch maßgeblichen Praxis und der ganz überwiegenden Lehre ausdrücklich für die Anerkennung eines allgemeinen Verwirkungsbegriffs, der einem praktischen Bedürfnis des Rechtsverkehrs entspreche. Damit steht fest, daß dem gelegentlichen früheren Schwanken der Judikatur für Gegenwart und Zukunft Bedeutung nicht mehr zugemessen zu werden braucht: Es ist somit festzustellen, daß nach der Rechtspraxis die Verwirkung heute nicht mehr als Sonderrechtsbegriff aufgefaßt werden kann.

Anhangsweise soll darauf hingewiesen werden, daß im öffentlichen Recht, vor allem auf dem Gebiet des Steuerrechts, Fiskalansprüche dann für verwirkt erklärt worden sind, wenn das Finanzamt dem Steuerpflichtigen unrichtige Auskünfte gibt und nach allzu langem Zuwarten im Widerspruch zu den erteilten Auskünften

100) a.a.O. S. 613.

Steuernachforderungen erhoben hat[101]). Aus dem Gebiete des Beamtenrechts ist auf die aufschlußreiche Entscheidung in Deutsche Juristenzeitung 1934, S. 932 ff. hinzuweisen, in der ausgeführt wird, daß das der Behörde zustehende Recht der Anfechtung einer Beamtenanstellung verwirkt ist, wenn sie in Kenntnis der früheren Verfehlungen des Beamten trotz Amtserschleichung diesen weiter beschäftigt, um ihn dann bei späterer Gelegenheit zu entlassen[102]). Es bleibt allerdings zu beachten, daß die Verwirkungsrechtsprechung im öffentlichen Recht stark schwankt. So wird in der Entscheidung des Reichsfinanzhofs vom 28. Juni 1935[103]) auch bei Steueransprüchen unter Hinweis auf ihre öffentlich-rechtiche Natur die Verwirkung verneint. Dem stehe — so meint der Reichsfinanzhof — nicht nur das öffentliche Interesse an dem Steueraufkommen, sondern auch der § 223 A. O. entgegen. Danach sind Nachforderungen von Steuern grundsätzlich bis zum Ablauf der Verjährungsfrist zulässig, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Steuerschuldner noch damit rechnen konnte oder nicht. Diese Begründung muß allerdings Zweifel erwecken, da § 212 A. O. ausdrücklich vorschreibt, daß dies nur gelten soll, „wenn nichts Abweichendes vorgeschrieben ist". Es ist daher zum mindesten fraglich, ob nicht beim Vorliegen besonderer Umstände dem Verwirkungsgedanken Rechnung getragen werden muß. Gleiches gilt von dem Hinweis des Reichsfinanzhofs auf den § 222 Abs. 1 Nr. 3 A.O. Immerhin kann dieser Entscheidung des Reichsfinanzhofs insofern beigepflichtet werden, als sie den Fall einer Steuernachforderung betrifft, die lediglich jahrelang nicht geltend gemacht worden war. Es wäre aber nicht richtig, die hier zu Tage tretende Auffassung des Reichsfinanzhofs auch auf solche Fälle von Steuernachforderungen zu übertragen, die auf Grund unrichtiger Auskünfte der Steuerbehörde zunächst nicht geltend gemacht, dann aber erst später nach langem Zuwarten erhoben werden. Hier dürfte für eine Verwirkung Raum sein.

101) Bank: Die Verwirkung von steuerrechtlichen Rechten als Folge des eigenen früheren Verhaltens in „Deutsche Steuerzeitung und wirtschaftlicher Beobachter" 1934 S. 875 ff.

102) Vgl. hierzu auch schon die frühere Entscheidung in JW. 31, 736. Hier wird der Begriff „Verwirkung" nicht zur Verwendung gebracht, vielmehr begründet diese Entscheidung den Rechtsverlust mit „Verzeihung", die in der Weiterbeschäftigung des Beamten zu erblicken sei. Gemeint ist aber offenbar das, was in der höchstrichterlichen Rechtsprechung allgemein zutreffend mit „Verwirkung" bezeichnet wird. Erblickt man aber in der bewußten Weiterbeschäftigung des Beamten eine Verzeihung d. h. die zum mindesten durch konkludentes Tun zum Ausdruck gelangende Entschuldigung einer Pflichtverletzung, so ist für die Annahme einer Verwirkung kein Raum. — Vgl. auch Manigk, Problem S. 352.

103) DJZ. 1935 S. 1123.

Ferner wird in der Rechtsprechung der Begriff der Verwirkung für das Dienstentlassungsstrafverfahren vielfach gänzlich abgelehnt, zum mindesten sind seine Anwendungsmöglichkeiten offen gelassen worden[104]). Der Staat könne, so heißt es, mit Rücksicht auf das unmittelbare öffentliche Interesse an der Reinerhaltung unseres Beamtenkörpers niemals Rechte verlieren, deren Aufrechterhaltung und Anerkennung eine unabweisbare Notwendigkeit für den immer wieder neu in Erscheinung tretenden Autoritätscharakter und das Respektbedürfnis staatlicher Ordnung sei. Man wird dieser Auffassung beipflichten müssen.

Wie im dogmatischen Teil dieser Abhandlung gezeigt werden wird, steht die Verwirkung, wie überhaupt der Grundsatz von Treu und Glauben, unter dem Gesetz der harten und vielgestaltigen Lebensnotwendigkeiten unseres Einzeldasein. Treu und Glauben können im öffentlichen Recht keinesfalls dieselbe Gedankenführung beanspruchen wie im Privatrecht, mag man über den Gegensatz dieser Rechtsgebiete denken wie man will[105]). Dabei soll keineswegs verkannt werden, daß der sozialethische Maßstab von „Treu und Glauben" besonders dem heutigen Verwaltungsrecht[106]) geläufig ist. Aber die Struktur der öffentlichrechtlichen Tatbestände ist eine andere[107]). Man wird daher dem Reichsgericht beipflichten müssen, wenn es namentlich im Gebiet der Beamtenansprüche die Verwirkung glatt ablehnt[108]). Gleiches muß auch bei öffentlichrechtlichen Gehaltsansprüchen gegenüber öffentlichen Körperschaften gelten[109]).

Demgegenüber wird allerdings die Lösung der oben Seite 28 erwähnten Steuerrechtsfälle Beifall finden können, da hinsichtlich derjenigen Steuerforderungen, die im Falle eines widerspruchsvollen

104) Vgl. JW. 28, 1503, 30, 1188, 32, 491.

105) Die jetzt allgemein betonte rechtsgrundsätzliche Harmonie von öffentlichem Recht und Privat-Recht (eine weltanschauliche rechtspolitische Frage) hat mit der Notwendigkeit dogmatischer Trennung der Begriffe „öffentliches Recht" und „Privatrecht" nichts zu tun; s. hierzu z. B. Huber, Verfassung S. 221, 223, 224; Maunz, Verwaltung S. 287/88; ferner Wieacker, Wandlungen 1935, der ausdrücklich von „Privatrechtsordnung", „privatrechtlichen Ordnungskreisen" und „privatrechtlichen Funktionen des Eigentums" spricht (S. 21, 23, 59 ff). Selbst Höhn erkennt zurzeit noch den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht an. Vgl. Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft 1935 S. 7, 8, 20, 58 ff. S. allerdings auch Höhn, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken 1934 S. 42–46.

106) K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht 1935; Maunz, Verwaltung S. 38.

107) Siebert, Hdwb.d.R.W. a.a.O. Seite 49; Huber, Verfassung S. 215 ff.

108) RG. in JW. 35, 1617.

109) RG. Bd. 124, 232.

Verhaltens der Behörde späterhin als unbillige Nachforderung erscheinen, der Fiskalcharakter d. h. die privatrechtliche Natur der Leistungsverpflichtung gegeben ist[110]. Ganz ausgeschlossen ist daher die Verwirkung auch im öffentlichen Recht keineswegs[111].

Abschließend ist also zu sagen: Wenn auch vielleicht die Entwicklung der höchstrichterlichen Verwirkungsrechtsprechung auf allen Gebieten des neuen deutschen Rechts noch nicht zu einem endgültigen Stillstand gelangt ist, so darf doch behauptet werden, daß die Rechtsprechung, die sich ihrer hohen Aufgabe schöpferischer Rechtsgestaltung bewußt ist, zurzeit zu einem bestimmten Abschluß ihrer Entwicklung gelangt ist. Die letzten Erkenntnisse[112] weisen deutlich auf einen gleichförmigen Begründungsinhalt hin, und wenn man auch eine tiefere dogmatische Durchdringung des Verwirkungsinstitutes in fast allen hier angeführten Urteilen vermißt, so ist doch kein Zweifel, daß der positivrechtliche Kern dieser Judikatur offen zu Tage tritt und der Wille der höchsten Gerichte, die Verwirkung als Rechtsgebilde positiver Art anzuerkennen, bereits heute abschliessend festgestellt werden kann[113].

## 2. Rechtslehre.

Die Rechtslehre bietet im wesentlichen ein getreues Abbild der im vorangegangenen Teil der Arbeit dargestellten Entwicklung der Rechtsprechung zur Lehre der Verwirkung. Dabei ist aber zu beachten, daß das Schrifttum sich erst sehr allmählich zur Anerkennung einer allgemeinen Verwirkung in unserem Privatrecht bekannt hat und daß manche Schriftsteller diesem Begriff noch heute mit großer Zurückhaltung gegenüberstehen, während andere in anerkennenswerter Weise den dogmatischen Grundgehalt dieses ja letztlich durch die Praxis der Gerichte geschaffenen Rechtsgebildes zu erforschen versucht haben.

Zu den maßgebenden Vertretern der Auffassung, daß im Gebiete des unlauteren Wettbewerbs und Warenzeichenrechts der Verwirkung Anerkennung zu zollen sei, gehören Baumbach[114] und Becher[115].

110) Bank a.a.O.; Küchenhoff a.a.O.

111) Beispiele s. bei Küchenhoff a.a.O. S. 275 ff.

112) RG. in JW. 1935 Seite 1841 No. 1; RGZ. 155, 151 ff.

113) So jetzt auch ausdrücklich Siebert in seiner Besprechung der Entscheidung RG. 150, 148 = JW. 1935 S. 2495. Ueber die Frage, ob die Verwirkung ein „neues Rechtsinstitut" darstellt, siehe unten unter B. III. 4.

114) Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht in GRUR 1930 S. 251; Komm. zum Handelsgesetzbuch 1932 S. 107 ff.

115) Komm. z. Warenzeichenges. § 14, Anm. 13.

Becher erblickt in der Verwirkung der Gläubigerrechte bei Vorliegen eigenen unlauteren Wettbewerbs mit Rücksicht auf den Besitzstand des Verletzers nichts anderes als den Einwand der Arglist. Baumbach erinnert daran, daß die Verwirkung eine uralte Rechtsfigur sei. Stützen des Verwirkungseinwandes seien nicht nur die Vorschriften der §§ 826 BGB und 1 UWG, sondern auch der § 242 BGB. Als Vorausetzungen der Verwirkung sind längeres untätiges Abwarten des Berechtigten, Verkehrsgeltung der mißbrauchten Bezeichnung und Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Verletzten erforderlich. Leichte Fahrlässigkeit genügt nicht. Betont werden muß, daß die von der Rechtsprechung herangezogene Treu- und Glauben-Formel nach Baumbach nicht ausreicht, um die Verwirkung zu rechtfertigen[116]. Die Baumbach'sche Gedankenrichtung wir dann von Furler[117] weiter fortgeführt. Grundlage der Verwirkung bilden auch nach ihm die §§ 1 UWG und 826 BGB. Dagegen wird § 242 BGB als Stütze grundsätzlich abgelehnt. Diese Vorschrift sei rein schuldrechtlicher Natur und nicht geeignet, den Verwirkungsbegriff zu erklären. Die Verwirkung ist nach Furler vielmehr „ein selbständiges Ergebnis der spezialisierenden typisierenden Kraft der Rechtsprechung[118]. „Indem er aber Verkehrsgeltung und Besitz des durch die Verwirkung Begünstigten als entscheidende Voraussetzung für die Entwicklung eines Verwirkungsrechts herausstellt, neigt er bereits der Heranziehung sachenrechtlicher Gesichtspunkte zu. Unerläßlich soll auch ein Verschulden des Verletzten sein, womit offenbar der Strafcharakter der deliktisch zu beurteilenden Verwirkung betont werden soll. So lag es nahe, daß man unter Heranziehung sachenrechtlicher Gesichtspunkte die deutschrechtliche Verschweigungslehre zur Erklärung dieser neuen Rechtseinrichtung streifte und die Verwirkung als einen Fall deutschrechtlicher Verschweigung bezeichnete. Es ist das Verdienst Ulmers[119], den Unterschied zwischen der historischen deutschrechtlichen Verschweigung und der heutigen Verwirkung aufgezeigt zu haben. Beide Institute sind gewissermaßen Parallelerscheinungen. Untätiges Zusehen gegenüber einem als Sachbesitz, Buchstand oder Verkehrsgeltung zu bezeichnenden Besitzstande führt in beiden Fällen zum Rechtsverlust. Während aber der Verschweigung nach Ulmer eine

116) Gegen Baumbach RG Bd. 134 S. 38.
117) Besitz, Verkehrsgeltung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht 1932, S. 72 ff.
118) a.a.O. S. 84.
119) Warenzeichen u. unlauterer Wettbewerb usw. in Rechtsvergleichende Abhandlungen, herausgegeben von Titze und Wolff 1929 Bd. 5., S. 77 ff.

ausgesprochen sachenrechtliche Bedeutung zukommt, ist die Verwirkung das ihr verwandte Sonderinstitut im Gebiet des Zeichen- und Wettbewerbsrechts. Innerlich seien aber beide wesensverwandt mit der Folge, daß bald ein totaler[120]), bald ein partieller[121]) Rechtsverlust eintrete. Neben Endemann[122]), Bechert[123]), Wolff-Willinger[124]) und Eckhardt[125]) haben vor allem Krause[126]), ähnlich auch Westermann[127]), Ruth[128]) und Klausing[129]) den Verschweigungsgedanken für das ganze Gebiet der Verwirkung zu verwenden versucht. Nach ihnen ist § 242 BGB „das große Einfalltor für Rechtsgedanken", für die man sonst im Gesetz eine Stütze nicht zu finden vermag. Die innere Begründung für den Verwirkungsgedanken könne nur die Verschweigung abgeben, da sie allein eine sichere Lösung der Einzelfälle gewährleiste. So ist es vornehmlich Krause, der in Fortbildung dieses deutschrechtlichen Denkens dem Schweigen im Rechtsverkehr besondere bald begründende, bald vernichtende Wirkungen beilegt. Beherrschendes Element sei zunächst der Zeitablauf, hinzutrete der Pflichtgedanke, die besondere Veranlassung zum Handeln mit der Gefahr der Verschweigung[130]). Er gelangt daher zu dem Ergebnis, daß der totale Rechtsausübungsverlust, der in den Verwirkungsfällen des Zeichenrechts gegeben sei, nicht mit Hilfe der Vorschrift des § 242 BGB allein erklärt werden könne, sondern nur durch Heranziehung der Verschweigung und besonderer wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkte[131]).

Auf dem Boden rein sachenrechtlicher Erwägungen bewegen sich sodann diejenigen Schriftsteller, die mit dem bürgerlichrechtlichen

120) Dies ist der Fall, wenn der Rechtsträger selbst keinen Besitzstand an der eingetragenen Marke hatte.

121) Bei eigenem Besitzstand verliert der Berechtigte nur die Befugnis, dem Konkurrenten die Führung des verwechslungsfähigen Zeichens zu verbieten; s. Ulmer a.a.O. S. 82.

122) Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs in DJZ. 1928 S. 694 und Handwörterbuch a.a.O. S. 635.

123) Bechert: Die deutschrechtliche Rechtsprechung des RG. in J.W. 1933 S. 2310.

124) J.W. 1933 S. 1267.

125) Besprechung von Ulmers Warenzeichen und unlauteren Wettbewerb usw. im Arch. f. ziv. Praxis 1934, S. 114.

126) Schweigen im Rechtsverkehr 1933, S. 176 ff., derselbe: Verwirkung in DJZ. 1934 S. 1512.

127) Zur Verwirkung im Arbeitsrecht in DJZ. 1935 S. 398.

128) JW. 1935, S. 227.

129) Ebenda S. 1842.

130) Krause in DJZ. a.a.O. S. 1514 „Verwirkung ist Macht der Zeit im Recht, ist Verschweigung" a.a.O. S. 1517.

131) Kause a.a.O. S. 203 ff. u. DJZ. a.a.O. S. 1517.

Rechtsbegriff der Ersitzung und Verarbeitung operieren[132].) Man verlangt unter Betonung der subjektiven Verwirkungserfordernisse in der Person des Einwirkers, daß der Beklagte selbst keinen unlauteren Wettbewerb treiben dürfe, er auch in Ansehung der älteren Rechte des Klägers schuldlos handeln, ferner daß das eigene Zeichen des Klägers gewiße Zeit hindurch benutzt worden sein müsse, und schließlich daß der Unterlassungsanspruch dem Beklagten gegenüber als unzumutbares Verlangen erscheine. Hinsichtlich des Verschuldens des Verletzers schwankt hier das Schrifttum. Einige[133]) lehnen ein solches ab, jedenfalls sofern man den Ersitzungsgedanken als Grundlage der Verwirkung verwendet. Denn § 937 BGB, der wohl Gutgläubigkeit, aber kein Verschulden erfordere, sei ja entsprechend anzuwenden. Der Verarbeitungsgedanke (§ 950 BGB), von Herzog[134]) begründet, wird so aufgefaßt, daß der Verletzer sich das fremde Zeichen durch eigene Mühe und Arbeit zu eigen gemacht habe; ihm müsse daher das Ergebnis seiner Arbeit als ruhiger Besitzstand zugesprochen werden. Das aber führe zur Verwirkung des Verbietungsrechts des Zeichenträgers. Diese Lehren haben aber durchweg erheblichen Widerspruch erfahren[135]).

Schließlich hat das Schrifttum in weitem Ansmaß und zwar zunächst wiederum im Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, später allgemein, die Auffassung der neuen Rechtsprechung mit der Generalklausel von Treu und Glauben unter Heranziehung des Grundsatzes der allgemeinen Abwägung der beteiligten Interessen dogmatisch unterbaut. Als erster berief sich sogar schon von der hier richtunggebenden Entscheidung des Reichsgerichts im 134. Band S. 38 Rosenthal[136]) auf den Grundsatz von Treu und Glauben als die allein brauchbare Verwirkungsgrundlage. Besonders überzeugte Anhänger der höchstrichterlichen Rechtsprechung waren in dieser

132) Vgl. hierzu Seligsohn GRUR 1927 S. 643 und 1930 S. 93, ferner Oppenheim: Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz 1932 und MuW 1932 S. 440 ff.: Herzog in MuW 30, 383 u. Wettbewerb u. Besitzstand 1934, S. 28 ff.

133) Oppenheim a.a.O.

134) Wettbewerblicher Besitzstand S. 28 ff.; s. auch Ruth in JW. 1934 Seite 288.

135) Vgl. hierzu Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934 S. 18, Anm. 30; Krause a.a.O. S. 1517 u.a.m.

136) Komm. zum Wettbewerbsges. S. 6 ff. und S. 40 ff; Derselbe: Klaglosstellung infolge Herauszögerung der Rechtsverfolgung in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1929 S. 884 ff.

Beziehung aber vor allem Callmann[137] und Reimer[138]. Callmann geht so weit, daß er eine Verwirkung unter Umständen ohne jedes Verschulden des Berechtigten eintreten läßt, sofern nur der Verletzte bei Ablauf der entscheidenden Zeitspanne gutgläubig sei. Zur Vernichtung des Rechts des Berechtigten führt die Verwirkung nach seiner Auffassung nur in Ausnahmefällen. Reimer legt entscheidenden Wert auf den in der Verkehrsanerkennung des Zeichens zu erblickenden Besitzstand, der durch Gutgläubigkeit des Verletzers bedingt sei[139]. Diese ganz allgemein auf § 242 BGB gestützte Lehre hat auch außerhalb des Zeichen- und Wettbewerbsrechts, vor allem im Schrifttum über das Urheberrecht, Patentrecht usw. die meiste Verbreitung gefunden[140].

Andererseits darf nicht verschwiegen werden, daß im Schrifttum der Verwirkungslehre auch bedeutende Gegner zu finden sind. So hat — von anderweitigem Schrifttum[141] abgesehen — Schumann[142] von einem Zusammenbruch der Verwirkungslehre gesprochen. Nolting-Hauff[143] hat für das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes die Anwendung des § 242 BGB als Grundlage einer Verwirkungsfolge mit Entschiedenheit abgelehnt. Er meint, diese Vorschrift könne nicht zur Zerstörung begründeter und wohlerworbener Rechte führen. Wenn man dem Verwirkungsgedanken gerecht werden wolle, könne dies unter dem Gesichtspunkt der Verschweigung geschehen. Diese wiederum sei nur verwertbar, wenn der

137) Wettbewerb- und Warenzeichenrecht Bd. 1, 1933 S. 166 ff.; s. auch bereits JW. 1928 S. 2064.

138) Komm. zum unlauteren Wettbewerbsges. 1932 zu § 1 Anm. 40 ff.

139) Allerdings soll bona fides superveniens genügen. — Einzelheiten siehe Reimer a.a.O.

140) Zusammenfassende Uebersicht und im gewissem Sinne abschließende Beurteilung bringen außer der sehr beachtlichen Arbeit von Tschischgale (Die Rechtsnatur der Verwirkung 1937), auf die wir im Laufe dieser Arbeit noch des öfteren zurückkommen werden, die aufschlußreichen Aufsätze von Presser über Verwirkung und Ersitzung im Warenzeichenrecht (JW 1937 S. 1862 ff); ferner der Bericht über das Kammergerichtsurteil vom 4. November 1936 (JW. 1937 S. 320), der sich durch seine übersichtliche Darstellung der wichtigsten Literatur und Judikatur auszeichnet, und vor allem der sehr beachtliche Aufsatz von Franke, der (JW. 1937 S. 1118 ff.) gleichfalls in gewissem Sinne abschließend, die Verwirkung im Arbeitsrecht unter Berücksichtigung der neuesten reichsarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung systematisch besprochen hat. — Auf die konstruktiven Versuche derjenigen Schriftsteller, die wie namentlich Siebert, Krause, Manigk, Müllereisert, Lehmann und Klausing sich uneingeschränkt bejahend zur Verwirkung stellen, wird in folgendem Teil der Arbeit noch genauer eingegangen werden.

141) Z. B. Fischer: Die dogmatischen Grundlagen der Verwirkung 1936.

142) In GRUR 1933 S. 81 ff.

143) In GRUR 1932 S. 1088 ff.

Gesetzgeber bestimmte Verschweigungsfristen schaffen würde. Man will der Verwirkung vor allen Dingen die Eigenschaft eines selbständigen Rechtsinstituts absprechen. Die Feststellung, eine Partei verstoße durch ihr Verhalten gegen Treu und Glauben, rechtfertige noch nicht den Aufbau eines selbständigen Rechtsbegriffs. Auch sei bei der Anwendung der Verwirkung die Aufstellung von Normen überhaupt unmöglich, denn man könne Blankettnormen der guten Sitten, der Verkehrslauterkeit und von Treu und Glauben nicht in fest begrenzte Sondersätze zerstückeln; dies führe zu reiner Willkür.

Angesichts der erdrückenden Fülle wertvoller Argumente aber, die Rechtsprechung und Rechtslehre im Laufe der Jahre, besonders in jüngster Zeit, zu Gunsten der Anerkennung der Verwirkung als eines besonderen Rechtsbegriffs beigebracht haben, kann der negativen Einstellung dieser Schriftsteller nicht mehr gefolgt werden; wir müssen uns daher eine Besprechung im einzelnen versagen. Schrifttum und Rechtsprechung haben heute auch dogmatisch den Verwirkungsgedanken so klar und überzeugend herausgearbeitet, daß namentlich auf Grund der wertvollen Untersuchungen Sieberts, an der Anerkennung der Verwirkung als solcher nicht mehr zu zweifeln ist. Der Kampf um die Verwirkung ist heute nicht mehr ein Kampf um deren Geltung, sondern nur noch eine Frage, wie sie rechtlich aufzufassen, systematisch einzuordnen und unter welchen Voraussetzungen sie gegeben ist[144]. Auch ein Streit darüber, ob eine Verwirkung auf bestimmte Sondergebiete zu beschränken ist oder ob ihr allgemeine Bedeutung zukomme, dürfte heute als erledigt zu bezeichnen sein[145]. Es wird sich zeigen, daß die Verwirkung, wenn überhaupt, im gesamten Gebiete des Privatrechts zuhause ist. Abweichungen in Einzelheiten bestehen, sie lassen sich dann aber durch die besondere Natur der in Frage stehenden Materie rechtfertigen, ohne an der Struktur einer allgemeinen Verwirkung als solcher etwas zu ändern.

Anders liegt die rechtswissenschaftliche Behandlung unseres Problems, so weit es sich um die Verwirkung im öffentlichen Recht handelt. Im Gegensatz zu der oben, S. 28 ff. dargestellten Rechtsprechung hat das jüngste Schrifttum die Frage der dogmatischen

144) Vergl. Siebert im Hdwb. d. R. W. 1937 III S. 766, 770, ferner in JW. 1937 S. 612 ff. und besonders S. 2495 ff.

145) RGZ. 155, 151 und Siebert a.a.O. S. 2495.

Behandlung der Verwirkung bereits so weit vorgetrieben, daß hier nach jeder Richtung hin Klarheit besteht. Hier hat die Lehre gewissermaßen die Führung übernommen. Wir berufen uns dabei vor allem auf die beiden Darstellungen von Huber[146] und Maunz[147] in ihren Werken über Verfassung und Verwaltung. Was die Verwirkung im engeren Sinne, die allgemeine, nicht gesetzlich geregelte Verwirkung betrifft, die den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bildet, so wird sie für das Gebiet des öffentlichen Verwaltungsrechts vollständig abgelehnt. Die Denkfigur illoyaler Verspätung der Geltendmachung von Rechten des Staates, öffentlicher Verbände und dergl. mehr wird abgelehnt, weil nach der Konstruktion des neuen Verfassungs- und Verwaltungsrechts Rechte des Staates gegenüber dem Volksgenossen überhaupt nicht mehr anerkannt werden. Im Gegensatz zu dem Vorstellungsbild des bürgerlichrechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, das nach den genannten Schriftstellern heute überwunden ist[148], kann ein subjektives öffentliches Recht des Staates nicht mehr konstruiert werden. Dies hatte bereits Schaffstein[149] für den Strafanspruch nachgewiesen. Diese Denkweise muß aber auch in Ueberwindung der gesamten bisherigen Ideologie für alle anderen sogenannten „Ansprüche" des Staates (z. B. auch für den „Steueranspruch" gelten. Der rechtswissenschaftliche Nachweis hierfür kann hier nicht geführt werden, er ergibt sich vor allem aus dem neuzeitlichen Ordnungsdenken und der Gliedstellung der Persönlichkeit, die in erster Linie das Verfassungs- und Verwaltungsrecht auf einen völlig neuen Boden stellen. Nach dem Wegfall derartiger staatlicher Ansprüche „bedarf es auch keines Kopfzerbrechens mehr darüber, daß es keine Verwirkung des Steueranspruchs geben kann",[150] was übrigens auch daraus folgt, daß der Staat nicht mehr als juristische Person, als Staatspersönlichkeit aufgefaßt wird.[151] Damit wird das oben angegebene Urteil des Reichsfinanzhofs vom 28. Juni 1935 bestätigt, wenn auch wesentlich anders begründet. Folgt man diesen Gedankengängen, so kann für Befugnisse, Berechtigungen

146) Verfassung, Hamburg 1937.

147) Verwaltung, Hamburg 1937; s. auch derselbe: Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, Hamburg 1934.

148) Maunz a.a.O. Seite 30.

149) Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt in DJZ. 1934 Nr. 19 S. 1174 ff. insbes. S. 1180.

150) So ausdrücklich Maunz a.a.O. S. 51.

151) Huber a.a.O. S. 64—70; vor allem Höhn, Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat, S. 50 ff.; Vgl. ferner C. Schmitt: Staat, Bewegung, Volk 1935; Huber: Vom Sinn der Verfassung 1935 u. a. m.

usw. im Sinne des bisherigen Rechtsdenkens kein Raum mehr sein. Dies widerspräche der Gliedstellung der Gemeinschaftspersönlichkeit, weil Gemeinschaftsdenken und subjektive öffentliche Rechte widerspruchsvolle Begriffsbildungen sind. Wollte man also überhaupt die Vorstellung vom Vorliegen einer Illoyalität oder gar Treuwidrigkeit staatlichen Handelns durch seine Organe infolge verspäteten Vorgehens gegen den Volksgenossen im Einzelfalle für möglich erachten, so könnte von einer Rechtsverwirkung im rechtstechnischen Sinne nicht mehr gesprochen werden. Man hätte diesen Vorgang umzudeuten in das Vorliegen eines Falles gesetzwidriger Verwaltung[152]. Maunz ist denn auch der Meinung, daß die Treu- und Glaubensjurisprudenz und die Lehre vom Rechtsmißbrauch und Gesetzesmißbrauch (Siebert), so unbestreitbar fruchtbar sie auch sein möge, für das öffentlichrechtliche Denken der Gegenwart als brauchbare Erkenntnisgrundlage seiner Erscheinungen nicht mehr ausreiche[153].

Im klaren Gegensatz zu dem bisher Gesagten wird dagegen für das Gebiet des Verfassungsrechts der Begriff der Verwirkung anerkannt. Wir machen aber darauf aufmerksam, daß dieser Verwirkungsbegriff mit dem hier abgehandelten nichts zu tun hat.[154] es handelt sich hier nämlich um die Verwirkung in dem Sinne, wie wir sie bereits für das bisherige Recht[155] in zahlreichen Gesetzesstellen positiv geregelt vorfinden. Diesen Verwirkungsbegriff verwendet auch das heutige Verfassungsrecht. Für das Verwaltungsrecht dürfte Gleiches gelten. Die pflichtgebundene Stellung des Volksgenossen innerhalb der Gemeinschaft führt in schweren Fällen mißbräuchlicher Betätigung zur Verwirkung seiner Rechtsstellung. „Diese Verwirkung ist eine allgemeine Erscheinung der neuen Ordnung."[156] Wir dürfen in diesem Zusammenhange daran erinnern, daß der Bauer abgemeiert, der Betriebsführer entsetzt werden kann, daß der Schriftleiter bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen aus der Berufsliste gelöscht, als Mitglied der Reichskulturkammer ausgeschlossen werden kann. „Eine solche Verwirkung ist kein Eingriff von außen und oben in ein grundsätzlich unantastbares Recht, sondern sie ist eine Folge, die sich wesensnotwendig aus der Bin-

152) Maunz a.a.O. S. 39, 40.
153) Maunz a.a.O. S. 38.
154) Vgl. hierzu Huber a.a.O. S. 218; Maunz a.a.O. S. 54 f.)
155) S. oben S.
156) Huber a.a.O. S. 218

dung ergibt, die in der gemeinschaftsbezogenen Rechtsstellung von Anfang an enthalten ist."[157]) Fast man weiterhin das Eigentum mit Wieacker[158]) nicht mehr als totale Sachherrschaft des Einzelwesens, sondern als „Zuweisung zu eigenverantwortlichem und sachgerechtem Verfahren mit dem Gegenstand" auf, so muß man auch hier von Rechtsverwirkung dann sprechen, wenn der Volksgenosse die ihm obliegenden, dem Eigentum innewohnenden Bindungen nicht erfüllt und seines Eigentumsrechts für verlustig erklärt wird. Eigentumsrechtsverwirkung wird zu einem wichtigen Ausdruck des sozialistischen Eigentumsbegriffs (Huber a.a.O. S. 223, 232 ff. . ). Praktische Folgen zeitigt diese Auffassung im Fall der strafrechtlichen Einziehung (§ 40 StGB), der Abmeierung nach dem Reichserbhofgesetz, der Entziehung des Bergwerkeigentums nach § 156 ff. Pr. Allg. Bergges. im Patenrecht[159]), ferner in zahllosen Fällen der Konzessionsverwirkung im Gewerberecht (§ 53 Abs. 2 G.O.) und in anderen Fällen mehr.

Es ist daher festzustellen, daß in dem gleichen Maße, wie die zentrale Bedeutung des allgemeinen Verwirkungsbegriffs für das Gebiet der gesamten Privatrechtsordnung nachzuweisen ist, dasselbe für das Gebiet des Verwaltungs- und Verfassungsrechts nach der hier angeführten Rechtslehre, deren Ergebnissen zuzustimmen ist, entfällt. Dafür kommt in diesen öffentlichrechtlichen Gebieten dem Begriffe der Rechtsverwirkung im weiteren bisher bekannten und nicht problematischen Sinne so erhebliche Bedeutung zu, daß man für das Verfassungs- und Verwaltungsrecht entsprechend dem Obengesagten von einer zentralen Bedeutung dieser Verwirkung sprechen kann[160]).

## III. Die Rechtsnatur der Verwirkung.

### 1. Konstruktiver Ausgangspunkt.

Wir wenden uns nunmehr dem Hauptteil dieser Abhandlung, der Frage nach der Rechtsnatur der Verwirkung, zu. Zunächst ist eine kurze methodologische Vorbemerkung am Platze.

157) Huber a.a.O.
158) Wandlungen S. 24 ff.
159) Erteilung einer Zwangslizenz.
160) Vgl. zu dem Ganzen auch Köttgen, Deutsche Verwaltung 1936, das bei Maunz a.a.O. § 5 S. 47 f. angeführte Schrifttum, ferner Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht a.a.O. S. 225 ff, Derselbe, Gemeinschaft und Rechtsstellung a.a.O. S. 31 ff.

Wenn heute rechtswissenschaftliche Untersuchungen angestellt werden, bedarf es zunächst einer kurzen Darstellung der methodologischen Behandlungsweise, andernfalls liegt die Gefahr nahe, mißverstanden zu werden. Selbstverständlich kann diese Grundlegung nur in kurzen Strichen angedeutet werden. Das Rechtsdenken des Dritten Reiches hat mit früheren Anschauungen gebrochen. Positivismus und Normativismus sind überwunden. Wir arbeiten und denken heute nach den Grundsätzen des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens, wie sie grundlegend von Carl Schmitt[161]) entwickelt sind. Damit wird das institutionelle Denken der früheren Zeit überwunden und dem Hauptgebot moderner Wissenschaft genügt: Ueberwindung des Abstrakten, des juristischen Begriffsformalismus und entscheidende Hinwendung zur Rechtswirklichkeit, zum Recht als Erlebnis völkischen Lebens. Dabei ist der innere Zusammenhang der Gesamterscheinungen der geschichtlich gewordenen Gesamtordnung herauszustellen. Alles rechtliche und rechtswissenschaftliche Denken vollzieht sich nicht in freischwebenden juristischen Konstruktionen, sondern in sinnvoller Einfühlung in völkisches Kultur- und Rechtsleben. Selbstverständlich wird auf die Konstituierung von Begriffen nicht verzichtet. Ohne Begriffsbildung ist Wissenschaft heute wie allzeit unmöglich[162]). Auch wir verwenden heute Denktypen, sie werden aber nicht relativistisch, beliebig auswählbar aufgestellt, sondern sie erhalten ihre Prägung im Gesamtzusammenhang der gegenwärtigen Lage und Wirklichkeit unseres heutigen Rechtslebens. Das Entscheidende ist und bleibt die Rechtswirklichkeit, die Lebensnähe, das tiefe Begreifen gesunden völkischen Denkens und Fühlens[163]). Dem abstrakten Rechtsdenken der Vergangenheit, der „Autarkie der in sich selbst bestimmten Gesetzesinhalte"[164]), ist der Todesstoß versetzt. Von diesem Standpunkt aus sind auch die Generalklauseln zu beurteilen. Begriffe wie „Treu und Glauben", „wichtiger Grund", „gute Sitten", unbillige Härte", „überwiegende Interessen" und viele andere, verfehlt ist die Ansicht, daß sie abzulehnen seien[165]). Gleiches gilt von den allgemeinen rechtlichen Grundbegriffen, insbesondere von den uns hier interessierenden

161) Ueber die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens in den Schriften der Ak. f. dt. R. 1934 insbes. S. 40 ff., S. 58 u.a.m. Das einschlägige Schrifttum wird im übrigen als bekannt vorausgesetzt.

162) Eichler in Dt. R. W. 1936 S. 262 ff.

163) S. hierzu Carl Schmitt a.a.O. S. 41, 57 ff., ferner auch Eckhard in „Deutsche Rechtswissenschaft" 1936, Heft 4 S. 354 ff. u.a.m.

164) C. Schmitt a.a.O. S. 61.

165) C. Schmitt a.a.O. S. 59, Derselbe: Staat, Bewegung, Volk S. 43.

Begriffen Recht, Rechtsausübung, Rechtsmißbrauch und Rechtsverwirkung[166]. Abstrakte Begriffe als solche vergewaltigen die Mannigfaltigkeit des völkischen Lebens. Ebenso wenig dürfen Gesetzesparagraphen heute formallogisch interpretiert werden. Diese Methode lehnen wir auch bei der Ausdeutung der für unser Problem bedeutsamen Gesetzesvorschriften ab[167]. Die gekünstelten Oberbegriffe müssen überhaupt fallen[168]. Vielmehr ist der Sinn des konkreten Rechtsbegriffs nach seinen völkischen lebensnahen Sinngehalt zu erfassen. Der unmittelbare Zweck des gesetzgeberischen Willens und seine Absicht ist aus dem konkreten Lebensprozeß zu begreifen, was mit besonderer Dringlichkeit bei einem so praktischen Rechtsgebilde zu gelten hat, wie es die Verwirkung ist[169]. Die Rechtswirklichkeit bietet sich der Wissenschaft also nicht als Stoff dar, der mit möglichst vielen, verselbständigten, besonderen, wissenschaftseigenen Kategorien zu bearbeiten wäre: die Rechtsbegriffe sind vielmehr als Ausdruck der lebendigen Ordnung des Volkes mit den ureigenen Volksbegriffen, mit den Gedanken, Zielen und Maßstäben der Volksgemeinschaft selbst und zwar ganzheitlich zu erfassen, sodaß — wie sich unten zeigen wird — der Verwirkungsbegriff sein wahres Gesicht nur erhalten wird, wenn man diesen Richtlinien gemäß die Hintergründe dieses Rechtsgebildes aufdeckt[170].

Ist nun die Verwirkung überhaupt begrifflich rechtsexistent? Dies ist zu bejahen. Es ist festzustellen, daß die Verwirkung als Rechtsgebilde heute besteht und ihr Dasein als essentieller Bestandteil unserer Rechtsordnung nicht mehr hinwegdisputiert werden kann. Die im vorigen Teil dieser Arbeit gegebene Darstellung der Entwicklung von Rechtsprechung und Rechtslehre läßt keinen Zweifel an der „Normativität"[171] der Verwirkung. Sie ist unseres Erachtens gerade nach heutigem Rechtsdenken ein lebenswirkliches volksnahes Rechtsgebilde. Wenn man noch hier und da Bedenken hin-

166) Vgl. hierzu Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Tübingen 1933. Irrig Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln, Jena 1933. Solche Grundbegriffe werden heute nicht mehr abstrakt empfunden. Vgl. Wieacker in Dt. R. W. 1937, S. 23.

167) Eichler a.a.O. S. 264 unter Hinweis auf weitere Schriftsteller (Michaelis, Larenz).

168) Eckhardt a.a.O. Heft 4 S. 356.

169) Klausing in JW. 1935 S. 1842; Siebert in JW. 1937, S. 612, 613.

170) Die deutsche Rechtswissenschaft hat in erster Linie die Aufgabe, „aus einer ganzheitlichen Schau der neuen lebendig gegliederten Volksordnung heraus zu einer inneren Ueberwindung des alten Rechtssystems zu gelangen." Siebert in Dt. R. W. 1936 S. 204, 205.

171) In anderem Sinne gemeint als Tschischgale § 3 S. 14 ff.

sichtlich der Rechtsgrundlage bzw. der gesetzlichen Anerkennung der Verwirkung gehabt hat[172], so hat doch die jetzt herrschende Lehre recht, wenn sie darauf hinweist, daß nach heutiger Auffassung eine Norm dann Rechtsnorm ist, wenn sie sich als lebensnotwendig erwiesen und bewährt hat und nach gesunder Volksanschauung Rechtswirklichkeit in sich trägt.[173] Nach dem heutigen Stande der Rechtswissenschaft bedarf es dazu nicht mehr des Hinweises auf § 1 GVG, wonach der Richter dem Gesetz unterworfen ist und die Gesetzesvorschriften rechtsformal unter zeit- und sinngemäßer Auslegung anzuwenden hat. Seit jeher galt der Grundsatz, und er gilt auch heute, daß wirtschaftliche Gesichtspunkte allein und ein reines Interessebedürfnis niemals Anlaß sein kann, eine Entscheidung zu treffen, die den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufen würde. Ist doch der Richter dem Gesetz nach wie vor unterworfen.[174] Aber mit aller Entschiedenheit muß gesagt werden, daß die Rechtsexistenz der Verwirkung nach jetzt geltender Auffassung allein aus ihrer völkischen Lebenskraft hergeleitet, daß sie als wirklich lebendiges Gebilde der deutschen Volksgemeinschaft nachgewiesen werden muß. Deshalb brauchen heute ebenso wenig Erörterungen über die Entstehungsquellen des Rechts, über die Bedeutung von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht oder über den Gerichtsgebrauch angestellt zu werden[175] und der Versuch, etwa die gewohnheitsrechtliche Geltung der Verwirkung darzustellen, wäre unseres Erachtens abwegig.[176] Entscheidend ist vielmehr heute nur die einfache Frage nach der Rechtswirklichkeit der Verwirkung und daran ist, wie die bisherige Darstellung zur Genüge erbracht hat, sicherlich kein Zweifel. Bußе[177] hat in überzeugender Weise dar-

172) S. hierzu die übersichtliche Zusammenstellung bei Tschischgale S. 14 ff.

173) Klausing in JW. 1935 S. 1842 ff.; RG 155, S. 151; s. Siebert in JW. 1937 S. 2495; Irrig Tschischgale, der S. 56 mit dem heute nicht mehr verwertbaren Begriff der liberalistischen Rechtsquellenlehre, nämlich dem Gewohnheitsrecht, operiert. Vgl. allerdings auch die S. 72 angeführten Argumente, die u E. mit den Ausführungen im § 3 S. 14 ff. nach heutigem Rechsdenken im Widerspruch stehen.

174) So noch ausdrücklich RG. Bd. 144 S. 310 ff; vgl. ferner Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters in Dt. R. W. 1936 Heft 2 S. 123, 124.

175) Siehe hierzu Tschischgale S. 16, der noch methodisch mit diesem Begriff operiert.

176) Vgl. über Gesetz und Recht: Maunz, Verwaltung S. 40; Huber, Verfassung S. 26 ff.; Schaffstein Politische Strafrechtswissenschaft 1934 S. 24; Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat 1934, S. 20, 21; s. auch Siebert im Hdwb. d. R. W. a.a.O. S. 49.

177) Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft in Dt. R. W. 1936 S. 298 ff.

getan, daß das Rechtsdenken von heute und die mit den heutigen Denkmitteln vorzunehmende Erkenntnis des neuen Rechts nicht in der Auflösung des wirklichen Zusammenhanges der Lebensvorgänge besteht, nicht die herausgelöste Betrachtung einzelner Teile ohne ihre Eingliederung in ihr Ganzes sei Aufgabe wissenschaftlicher Arbeit, die Rechtswissenschaft von heute habe vielmehr ihre Arbeitsweise einzustellen auf die Lage der Rechtswirklichkeit und diese Rechtswirklichkeit sei nichts anderes als die Lebensordnung des Volkes selbst. Damit liegen die Voraussetzungen für die Kenntnis des Rechts heute in den Sätzen eingeschlossen, „daß das Recht die Lebensordnung des Volkes ist. Die Ordnung enthält die objektiven Maßstäbe dafür, was dem Einzelnen recht ist. Sie ist zugleich der lebendige Wille der Gemeinschaft — bewußt oder unbewußt —, diesem Maßstab entsprechend zu handeln. Die Ordnung ist das wirkliche Gemeinschaftsleben, in dem die Maßstäbe sichtbar hervortreten.“[178]) Wir gehen also heute in allem von dem Grundbegriff des Volkes und von der Wirklichkeit der Erscheinungen der Volksordnung aus und sind überzeugt, daß die Volksgemeinschaft als ideelle Realität mit sich selbst Recht und Ordnung hervorbringt. Danach hat sich aber auch die Arbeitsweise der Rechtswissenschaft zu richten; rechtsmethodologisch muß sie im Denken und Forschen an der lebendig erfaßten in ihren wahren Kräften empfundenen Rechtswirklichkeit ausgerichtet sein. Daraus folgt, daß nicht nur die Grundbegriffe „Führer“, „Gefolgschaft“, „Gemeinschaft“, „Bauer“, „Ehre“, „Arbeit“ u. dergl. m. rechtswissenschaftlich zu erfassen sind, sondern alle Begriffe, die uns die völkische Ordnung als Vorbild, Maßstab und Richtsatz selbst stellt.[179]) Die Verwirkung als ein jetzt das ganze Privatrecht umfassendes Gebilde muß aber als ein solcher Grundbegriff anerkannt werden. Denn das Rechtsleben der vergangenen 20 Jahre zeigt uns die lebensnahe und ebenso wirtschaftliche wie kulturelle Notwendigkeit ihres Daseins. Die Geschichte des deutschen Rechts beweist, wie oben dargestellt wurde, daß der Kern des Verwirkungsgedankens schon in altdeutschen und

178) Buße a.a.O. S. 290/91.

179) Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit und BGB, System und völkische Ordnung in Dt. R. W. Heft 3, 1936, S. 204; Buße, die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel völkischer Rechtspflege in: Recht des Reichsnährstandes 1936 S. 431; ferner Carl Schmitt über Führertum und Artgleichheit im Staat, Bewegung, Volk, S. 32 ff.; Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft S. 72 ff.; Frank, Handbuch 1935. S. 3–23.; Buße a.a.O. S. 293.

mittelalterlichen Erscheinungen lebendig war, die höchstrichterlichen Entscheidungen der Gegenwart bezeichnen sie als lebenswichtig.

Aus alledem folgt, daß, wenn man das Verhältnis von Gesetz und Recht nicht mehr nach der heute überwundenen Auffassung des klassischen Liberalismus, sondern gegenwartsnah auffaßt[180]), an der sogenannten Normativität und Gesetzmäßigkeit der Verwirkung, wie man dies bezeichnet hat, nicht zu zweifeln ist. Es genügt, in diesem Zusammenhang noch einmal auf die zahlreichen Entscheidungen gerade im Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, des Arbeitsrechts, des Urheberrechts und des allgemeinen bürgerlichen Rechts hinzuweisen. Die Frage der Rechtsgegebenheit der Verwirkung, ihrer Essentialität steht heute also außer Frage[181]).

Es ist dann aber Aufgabe der Wissenschaft, Wesen und Natur der Verwirkung aufzudecken, ihren dogmatischen Gehalt klarzustellen und die Einordnung dieses Rechtsgebildes in das Privatrechtssystem vorzunehmen. Mit Rücksicht auf die in Rechtsprechung und Rechtslehre immer wieder auftauchende Frage, ob die Verwirkung einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Rechtsendigungsgrund darstellt oder ob sie nur auf Vorbringen des Beklagten als Einrede oder Einwand zu beachten ist — anders ausgedrückt, ob es sich um einen Fall unzulässiger Rechtsausübung, um sogenannten Rechtsmißbrauch[182]) oder um einen Fall der sog. exceptio doli handelt[183]), bedarf es zunächst einer grundsätzlichen Klarstellung des Verhältnisses von subjektivem Recht und Rechtsausübung zueinander. Ohne rechte Grundlage kann, wie die meisten bisherigen Untersuchungen im Schrifttum zeigen, die Rechtsnatur der Verwirkung nicht festgestellt werden. Hat doch das bisher Gesagte schon gezeigt, daß zu allen Zeiten gerade die Ausübung subjektiver Gläubigerrechte in der Verwirkung ihre rechtliche Schranke findet.

### 2. Recht und Rechtsausübung in ihrer grundsätzlichen Bedeutung für das heutige Recht.

Im neueren Schrifttum über die Verwirkung ist ganz allgemein davon die Rede, daß es sich bei diesem Gebilde um einen Fall unzulässiger Rechtsausübung handle. Dabei tauchen aber Zweifel

180) Vgl. auch hierzu die aufschlußreichen Worte eines pädagogisch hervorragenden Fachmannes: Schwister, Ueber praktische Arbeit (Proberelation) 1936, S. 3 ff.

181) Eine andere Frage ist es, ob die Verwirkung ein „neues Rechtsinstitut" darstellt. Darüber s. unten unter III. 4. a).

182) So z. B. Siebert an vielen Stellen, zuletzt in JW. 1937, S. 2495.

183) So Tschischgale S. 77 u. viele andere.

auf, ob das geltend gemachte Recht durch Verwirkung erlischt oder nicht. Klarheit kann über diese das Wesen der Verwirkung betreffende Frage nur gewonnen werden, wenn die rechtliche Eigenart der beiden Grundbegriffe „Recht" und „Rechtsausübung" und ihr Verhältnis zueinander klargestellt sind; andernfalls werden, wie das gesamte Schrifttum zeigt, immer wieder Mißverständnisse auftauchen, die eine klare Sicht verhindern. Diese Untersuchung ist auch wichtig für die gleichfalls ständig wiederkehrende Behauptung, es handle sich bei der Geltendmachung der Rechtsverwirkung um den Fall einer sogenannten exceptio doli ⟨generalis⟩. Es handelt sich bei der Festlegung der beiden Begriffe „Recht" und „Rechtsausübung" um allgemeine Grundbegriffe unseres heutigen Rechts, die wegen ihrer eminenten Bedeutung für die konstruktive Behandlung der Verwirkung hier kurz zu entwickeln sind.

### a⟩ Der Begriff des subjektiven Rechts nach heutiger Auffassung.

Die durch den Rechtsumbruch und die Rechtserneuerung überwundene bisherige Auffassung vom Wesen des subjektiven Privatrechts, die durch einen starren Individualismus und durch die Uebersteigerung der formalen Begriffsjurisprudenz gekennzeichnet wurde, erachtete die Herrschaft, die Machtidee als das Wesen des subjektiven Rechts, des Eckpfeilers und Zentralbegriffs der ganzen Privatrechtsordnung[184]⟩. Daß das Individuum im Vordergrunde aller Rechtsbetrachtung der damaligen Zeit — nicht nur im Privatrecht — stand, lag tief in der Ideologie der demokratischen Staats- und Rechtsauffassung begründet und war in übersteigertem Maß noch in allerletzter Zeit das Glaubensbekenntnis besonders der Weimarer Zeit. Von Tuhr, vielleicht einer der besten Schriftsteller jener Zeit, bezeichnete das subjektive Recht als den zentralen Begriff des Privatrechts und als die „letzte Abstraktion aus der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens"[185]⟩. Dieser Zeit ermöglichte erst die fest gefügte begriffliche Klarstellung von Recht im objektiven und Recht im subjektiven Sinn jede nur irgendwie denkbare Konstruktion, jedes Verständnis für Rechtsvorgänge überhaupt. Die im Schrifttum der früheren Zeit sich stets wiederholende Auffassung ging dahin, daß

184⟩ Von Tuhr I § 1 S. 58; Endemann Bd. I § 14 S. 58 ff. u. S. 416 ff.; Enneccerus I § 65; Sohm, Dogm. Jahrb. 73, 268; Oertmann, Ziv. Arch. 117, Seite 176 ff.

185⟩ a.a.O. I § 1 S. 58.

subjektives Recht „die von der Rechtsordnung verliehene zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht" sei[186]). Dabei legte man Wert auf die logische Trennung von Inhalt und Zweck des Rechts, indem man darauf hinwies, daß das subjektive Recht begrifflich eine Herrschaftsgewalt, ein Wollendürfen bzw. -können sei,[187]) sich dem Zweck nach aber als Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen darstelle. Zweck und Inhalt bilden die beiden Seiten des Wesens des subjektiven Rechts. Das Recht als Macht oder Willensherrschaft aufzufassen, war die Errungenschaft der älteren Theorie, wie sie vor allem von Savigny[188]), Puchta[189]), Arndts[190]) und Windscheid[191]) vertreten wurde. Im Gegensatz hierzu hatte dann Ihering[192]) das Recht als das rechtlich geschützte Interesse gekennzeichnet, was aber wohl auf einer Verwechslung von Zweck und Inhalt des Rechts beruhte[193]). In mehr naturrechtlicher Weise bezeichnete Dernburg[194]) das Recht als Anteil an den Lebensgütern, Haben von Lebensgütern, während neuere Schriftsteller den Machtgedanken mit dem des Interessen- oder Güterschutzes verbanden[195]). Nach der Auffassung des Liberalismus waren also objektives und subjektives Recht korrespondierende Begriffe, deren praktischer Wert in erster Linie in der Auffassung des Rechts als eines für das Subjekt d. h. für den Einzelmenschen gedachten, vom objektiven Recht geschaffenen Machtverhältnisses gesehen wurde[196]). Der Zweck des Rechts vermag nach dieser Lehre seinen Inhalt allein nicht zu bestimmen, war aber andererseits für seinen Inhalt auch nicht bedeutungslos, sodaß eine Macht, die keinem vernünftigen menschlichen Interesse dienlich war, als subjektives Recht ebenso abgelehnt wurde

186) Enneccerus-Nipperdey I § 65 II.

187) Im Anschluß an die historische Schule die ältere Theorie: Windscheid, Lehrbuch der Pandekten I § 37; Regelsberger, Pandekten I § 14; Arndts, Lehrb. d. Pandekten § 21; Hölder, Pandekten § 61 u.a.m.

188) System des heutigen römischen Rechts Bd. I § 4.

189) Pandekten 12. Aufl. 1877 § 21.

190) Lehrb. der Pandekten 13. Aufl.; von Pfaff und Hofmann 1886 § 21.

191) Lehrb. d. Pandekten, 9. Aufl.; von Kipp 1906 Bd. I § 37.

192) Im „Geist des römischen Rechts" Bd. III §§ 60 u. 61 und in Dogm. Jahrb. Bd. X S. 392 ff.

193) Richtig: Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 65 I Anm. 2.

194) Das bürgerliche Recht Bd. I 1902 S. 104

195) So z. B. A. Merkel: Encyklopädie §§ 153 u. 159; Regelsberger Bd. I § 14; Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. I § 27, u.a.m.

196) Hiergegen war schon lebhafter Widerspruch erhoben mit der Begründung, daß weder Kinder noch Wahnsinnige Träger subjektiver Rechte sein können, da ihnen ja die Möglichkeit der Machtausübung selbst fehlt. Vgl. z. B. Hölder: Natürliche und juristische Personen S. 117 ff.; Schwarz: Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 12 ff.; Thon: Rechtsnormen und subjektives Recht S. 147 ff.

wie eine Rechtsausübung verboten war, der lediglich der Zweck innewohnte, anderen zu schaden (Schikaneverbot). Eine solche Rechtsausübung ermangelte des rechtlich anerkannten Interesses.

Es ist das Verdienst des durch den Umbruch in Gang gesetzten neuen Rechtsdenkens, die Grundhaltung der Rechtsauffassung vergangener Zeit, wonach das subjektive Recht des Einzelnen im wesentlichen nur als gegen den Staat gerichtetes Recht zu begreifen war, erschüttert zu haben. Die überzeugenden Untersuchungen Carl Schmitt's,[197] Höhn's,[198] u. a.[199] haben uns auf Grund der scharfen Belichtung, der sie die individualistischen Rechtslehren bewußt und mit Absicht ausgesetzt haben, in den Stand gesetzt, den Kernfehler der liberalistischen Rechtsideologie zu erkennen. Das sog. individuelle subjektive Recht vermag dem Einzelnen im Verhältnis zum Staat nicht jene unangreifbare machtvolle Rechtsstellung zu schaffen, deren Innehabung und Verwirklichung den Sinn des Rechtsdaseins des Individuums ausmacht und die, allein durch ausdrückliche gesetzliche Schranken begrenzt, grundsätzlich freier Willkür ausgeliefert ist und unverletzbar erscheint. Rechtstatsächlich mußte eine derartige Auffassung bereits früher als rechtsunwirklich erscheinen. War doch durch Rechtslehre und Praxis auf zahllosen Gebieten des deutschen Rechts längst anerkannt, daß auch ohne besondere gesetzliche Regelung und ohne Satzung eine Bindung des Einzelnen an die Rechtsordnung d. h. an die Rechtsmacht des Staates zu bejahen und anzuerkennen sei. Dabei kann ruhig außer Betracht bleiben, daß alle Rechtsbetrachtungen nach liberaler Lehre vom Staat ausgingen, nach heutiger Denkart dagegen von der Volksgemeinschaft her ausgerichtet sind. Jedenfalls gingen schon geraume Zeit vor dem Umbruch Doktrin und Wirklichkeit verschiedene Wege. An den inneren Widerspruch zwischen der Auffassung des Rechts als einen abstrakten Machtverhältnisses des Einzelnen mit seiner mehr oder minder deutlich zu Tage tretenden Spitze gegen den Staat und der vernunftgemäßen Auffassung des Rechts, wie sie die lebendige Wirklichkeit und das Gebot sinnvoller Lösung der Lebenskonflikte im Einzelfalle erheischen, ist die damalige Zeit gescheitert. Methodologisch haben auch diejenigen Schriftsteller, die, modernen Bedürfnissen folgend, ein subjektives Recht überall da ablehnten,

197) Staat, Bewegung, Volk S. 24.
198) Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft S. 16 ff.
199) Vgl. jetzt Huber, Verfassung § 17 S. 211 ff., Maunz, Verwaltung § 5 S. 47 ff.

wo die Einzelmacht vernünftigen menschlichen Interessen nicht zu dienen geeignet war, in ihrer Lehre den Grundfehler nicht zu vermeiden vermocht, alles Recht vom Einzelnen aus zu sehen und den Gegensatz zwischen Staat und Einzelnem als festgefügten Grundsatz ihrer Rechtsauffassung uneingeschränkt beizuhalten[200]. Hier setzt die neue Erkenntnis ein, daß das gesamte Recht nur von der Allgemeinheit, die einzelne Person juristisch von der Volksgemeinschaft her bestimmt werden kann.[201] Erst aus der Volksgemeinschaft als einem heute anerkannten Grundbegriff unseres ganzen Rechts kann alles Recht, nicht nur das Recht des Staates, Volkes, sondern auch das des Einzelnen, der Gruppen und Kreise der deutschen Volksgemeinschaft begriffen und gekennzeichnet werden, und diese Kennzeichnung kann nicht auf Grund logischformaler Begriffe oder normativer Abstraktionen erfolgen, sondern nur im Wege des sogenannten Ordnungsdenkens, wovon bereits oben, S. 43 ff. gesprochen worden ist. Eine rechtskonsequente Betrachtung dieser neuen Denkweise führt in der Gegenwart zu der Frage, ob und inwieweit der Begriff des subjektiven Rechts überhaupt noch anerkannt und aufrecht erhalten werden kann. Es sind im Schrifttum Stimmen laut geworden, die diesen Begriff überhaupt streichen und für Lehre und Praxis als überflüssig, ja schädlich beseitigen wollen[202]. So spricht auch Huber[203] von der Ueberwindung des subjektiven Rechts, die zu den Aufgaben eines neuen Rechtsdenkens gehöre. Es ist hier nicht der Ort, diese Fragen grundsätzlich zu erörtern, es mag die Feststellung genügen, daß, wie bereits erwähnt wurde, wissenschaftliches Arbeiten mit Begriffen heute so wenig wie früher entbehrt werden und der Begriff des subjektiven Rechts weder im Privatrecht, noch im öffentlichen[204] Recht ganz aufgeopfert werden kann. Wir sind zurzeit noch nicht so weit, daß wir diesen von den meisten heute noch geltenden Gesetzen anerkannten Grundbegriff, dem auch eine hohe juristische Tradition innewohnt, entbehren können. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, seinen

200) Hölder, Natürliche und juristische Person S. 117 ff; Schwarz, Bürgerl. Arch. Bd. 32, S. 34.

201) Höhn, Reichsgemeinschaft und Volksgemeinschaft besonders S. 72 ff; Siebert in Frank, Nat. soz. Hdb. S. 961 ff; Lange ebenda S. 935 ff.; Derselbe, Vom alten zum neuen Schuldrecht II, insbes. S. 35 ff.; Freisler in Dt. Justiz 1934 S. 5. Münkmeyer in Dt. Recht 1935 S. 53 ff. Sieber ebenda S. 56, Frank S. 470 u. a. m.

202) Schönfeld in Akad. Ztsch. 1937 Heft 4, S. 107 ff.

203) Verfassung S. 216.

204) So ausdrücklich Maunz, Verwaltungsrecht S. 182.

juristischen Wertgehalt richtig zu erfühlen und ihm diejenige Stellung in der juristischen Prinzipienlehre anzuweisen, die ihm nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung zukommt. Hier hat uns Carl Larenz den richtigen Weg gewiesen, wenn er[205] das subjektive Recht auflöst oder heutigem Rechtsempfinden entsprechend umdenkt in die pflichtgebundene gliedhafte Stellung des Volksgenossen in der Gemeinschaft. Diese Gliedstellung des Volksgenossen ist eine Stellung „im Recht", das Recht als lebendige Gemeinschaftsordnung begriffen. „Verpflichtungen und Berechtigungen ergeben sich als Auswirkungen dieser Rechtsstellung für bestimmte Einzelbeziehungen"[206].

Beachtlich ist in dieser Beziehung übrigens, daß die Wechselwirkung der Grundbegriffe subjektives und objektives Recht schon in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts rechtsformal richtig erkannt worden ist. Man suchte das Privatrecht vom öffentlichen Recht her zu bestimmen und faßte den „Untertan", den Träger subjektiver Rechte, nicht als isoliertes Individuum, sondern als volksgebundenes Glied in der Gemeinschaft auf. Es wird von Maunz[207] und Höhn[208] zutreffend darauf hingewiesen, daß der hier maßgebliche Schriftsteller — Gerber — in seiner Schrift über öffentliche Rechte (1852) bei der begrifflichen Erfassung des subjektiven öffentlichen Rechts von einer Vorstellung ausging, die der heutigen Denkweise durchaus nahe steht. Wenn er auch seine staatsrechtlichen Individualrechte späterhin in ausgeprägt liberalem Sinne fortentwickelt hat[209], so hat er sich doch von den Uebertreibungen und Einseitigkeiten in der Suche nach Abstraktionen und Konstruktionen, wie wir sie im Schrifttum der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts finden[210], freizuhalten verstanden. Immerhin müssen zwei entscheidende Unterschiede zwischen der heutigen und der früheren Denkweise, wie wir sie in der Zeit des gesunden Liberalismus vorfinden, herausgestellt werden, die jeden Kompromiß in dieser Frage ausschließen: Einmal zeigt die Auffassung des damaligen Schrifttums in aller Deutlichkeit, daß das subjektive Recht als Begriff etwas

205) Rechtsperson und subjektives Recht, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft 1935 S. 225 ff.; ebenso: Gemeinschaft und Rechtsstellung in Dt. R.W. 1936, S. 31 ff.

206) Huber a.a.O. S. 217. In entsprechender Weise für das subjektive öffentl. Recht: Scheuner in Frank, Dtsch. Verwaltungsrecht 1937, S. 86/89.

207) Zeitschr. d. ges. Staatswiss. 96 S. 76 ff.

208) Zeitschr. d. ges. Staatswiss. 95 S. 658 ff.; Derselbe in Dt. R.W. I S. 28 ff.

209) Gerber: Grundzüge des Deutschen Staatsrechts 2. Aufl. 1869 S. 195 ff.

210) Vgl. hierzu Höhn, Rechtsgemeinschaft S. 40 ff. Maunz a.a.O. S. 48 ff.

Rechtsgrundsätzliches bedeutete, gleichgültig, ob man in ihm den Ausdruck einer Willensherrschaft oder den des Interesses eines Einzelnen erblickt. Allgemein wird betont, daß dieser Begriff zu dem gesamten auf dem Gedanken der Gleichheit und Freiheit aufgebauten Vorstellungskreis gehöre und daß er als rechtsformaler Begriff in seiner Gegensätzlichkeit zum objektiven Recht zentrale Bedeutung habe. Dies erklärt uns auch das lebhafte Bemühen jener Zeit, sich mit dem subjektiven Recht sowohl im öffentlichen Recht wie im Privatrecht rein konstruktiv zu befassen im Glauben, daß nur durch die Kräfte des denkenden Verstandes, durch Logik und Konstruktion der Sinn für das Wesen des Rechts überhaupt erfaßt werden könne. Sodann erscheint uns die Auffassung über den Inhalt und die Kernsubstanz des subjektiven Rechts, wie wir sie in der damaligen Zeit vorfinden, für die Gegenwart als untragbar. Es ist besonders das Verdienst des heutigen Schrifttums des Staats- und Verwaltungsrechts, nachgewiesen zu haben, daß der Begriff des subjektiven Rechts, wie er sich im Spätliberalismus bis zum Umbruch entwickelt hat, eine Folge jener politischen und parlamentarischen Kämpfe gewesen ist, die Deutschland erschüttert haben. Auch bei Gerber gehört der Begriff des subjektiven Rechts noch zu dem gesamten auf dem Gedanken der Freiheit und Gleichheit aufgebauten Vorstellungskreis, dessen Wurzeln weit zurückreichen in die Zeit des aufklärerischen Naturrechts des 18. Jahrhunderts[211]). Schon im Ausgang des 18. Jahrhunderts wurden Staat und Untertan mit ihren gegenseitigen Pflichten und Rechten einander gegenübergestellt und der Begriff des subjektiven Rechts des Untertans wurde von der Rechtslehre bewußt und entschlossen gerade seinem Inhalt nach zu einem zentralen Begriff ausgebaut, weil dies als politische Notwendigkeit im Kampf des Einzelnen erachtet wurde. Das rationalistische und individuelle Rechtssystem der damaligen Zeit bediente sich daher abstrakter und rationaler Konstruktionen, um den staatsrechtlichen Empfindungen und politischen Bedürfnissen der damaligen Zeit zu genügen. So kann es nicht Wunder nehmen, wenn in der Folgezeit der Begriff des subjektiven Rechts seinem wesentlichen Inhalt nach als Macht und Herrschaftsgewalt des Individuums begriffen wurde, was zur Auflösung der Rechtsordnung in eine unübersehbare Anzahl einzelner verselbständigter Rechtsbeziehungen geführt hat. Auf die nähere Darlegung dieser Entwicklung im Gesamtbereich des deutschen Rechts des vorigen

211) Scheuner a.a.O. S. 86.

Jahrhunderts und der Zeit bis zum Umbruch kann hier nicht näher eingegangen werden, was streng genommen erforderlich ist, da sich zeigen wird, daß das Verwirkungsproblem richtig nur behandelt werden kann, wenn man in seiner konstruktiven Grundlegung weit ausholt. Sehr aufschlußreich sind die Untersuchungen Maunz's[212]), der im einzelnen nachweist, wie sich die Einführung des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts seit der Mitte des 19. Jahrhunderts auch auf dem Gebiete der Verwaltung gemäß dem Postulat des Rechtsstaates vollzogen hat. Verwaltungspraxis und Rechtsprechung waren hier zurückhaltender. Die grundlegende Ausgestaltung des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts erfolgte durch Georg Jellinek in seinem Werke: „System der subjektiven, öffentlichen Rechte" (1905, S. 44). Seine Lehre wurde in der Folgezeit Richtung weisend.

Demgegenüber ist für die Gegenwart daran festzuhalten, daß an die Stelle des isolierten, abstrakt gedachten Individuums die Persönlichkeit des Einzelmenschen in ihrer Einordnung in die Gemeinschaft tritt. Seine konkrete Stellung innerhalb der Gemeinschaft bezeichnen wir mit dem Ausdruck „Rechtsstellung". Diese wird nicht gekennzeichnet durch eine dem Einzelnen zugebilligte Machtfunktion gegenüber dem Einzelmenschen, noch weniger gegenüber dem Staat, jegliche Vorstellung vom Obwalten einer „Gegensätzlichkeit" muß heute vermieden werden. Der Begriff der „Rechtsstellung", wie er jetzt von Siebert und Larenz, Höhn, Huber, Maunz herausgearbeitet worden ist, ist Ausdruck einer Auffassung, die im einzelnen ein tätiges Glied des Ganzen, die ihn in der Gesamtheit aller nur möglichen Beziehungen, Berechtigungen und Verpflichtungen zugleich erblickt. Es ist eine großartige Synthese, die sich hier im Rechtsdenken vollzieht. Nicht die Auflösung des Rechts in eine unübersehbare Fülle einzelner Beziehungen, zugewiesen im Machtbereich des Einzelnen, sondern die Zusammenfassung der Kräfte aller Volksgenossen in der Volksgemeinschaft und die als Einheit zu denkende alle Berechtigungen und Pflichten in ein umschließende Rechtsposition des Volksgenossen macht die Sinndeutung des auf das Subjekt bezogenen Rechts aus. Die Rechtswissenschaft setzt sich daher heute zum Ziel, nicht einzelne Rechte und Pflichten auf Grund von im „Allgemeinen Teil" der Rechtswissenschaft gewonnenen abstrakten Begriffen auf Wesen und Inhalt, auf Umfang und Bedeutung hin zu untersuchen. Sie sieht ihre Aufgabe

212) a.a.O. S. 88, s. hierzu Köllreutter, Deutsches Verwaltungsrecht 1936, Seite 12.

vielmehr in einer einheitlichen Betrachtung der Rechtsstellung des Einzelnen in einer weltanschaulich geklärten Untersuchung der Gemeinschaftsverhältnisse als solcher. Sie geht daher rechtsmethodologisch stets von der Betrachtung des Ganzen aus[213]. Dies gilt entsprechend der oben dargelegten Grundeinstellung der heutigen Zeit auch für das Privatrecht. Auch hier geht es darum, die „Rechtsstellung" des Gemeinschaftsgliedes zu erfassen, aber nicht nach „subjektiven Rechten" zu forschen.[214] Es geht um die Klarstellung der in dieser Rechtsstellung bestehenden Verbundenheit von Rechten und Pflichten, die als organische Einheit zu denken sind. Hinzukommt, daß diese Rechtsstellung des Volksgenossen heute von der Pflichtseite aus bestimmt wird.[215] Denn wo nur immer ein Glied der Gemeinschaft als berechtigt erscheint, ist dies letzten Endes nur aus seiner Pflichtenstellung der Gesamtheit gegenüber zu erklären. Denn alles Rechtsleben vollzieht sich nicht im engeren Rechtsbereich des Einzelnen, sondern im Lebensraum des deutschen Volkes. Den Lebensgütern der Nation dient der Schutz der Rechtsordnung.[216] Daraus folgt, daß die Rechtsbetätigung des Einzelnen, die Rechtsausübung, sich dem Gebote der Gemeinschaftsordnung garnicht mehr entziehen kann. Sie ist ein Wirken und Walten im Lebensbereich der Nation selbst und hat daher, — nicht etwa nur politisch, sondern begrifflich — den Gesetzen, Geboten, Anschauungen und Empfindungen der Gemeinschaft gemäß zu erfolgen. Andernfalls liegt ein gemeinschaftswidriges Verhalten vor, das sich damit auch zugleich als rechtswidriges Tun darstellt. Zutreffend sagt Buße,[217] daß der Mißbrauchsgedanke und der ihm zugrunde liegende Pflichtgedanke als Grundbegriff für alle Berechtigungen am Anfang der von der Volksgemeinschaft getragenen Rechtssprechung und Rechtswissenschaft stehen müssen[218]. Man erkannt also bereits hier die Bedeutsamkeit dieses Rechtsdenkens für das Verwirkungsproblem.

213) Zutreffend Scheuner a.a.O. S. 91; vgl. hierzu für die Stellung des Reichsbürgers: Höhn, Deutsches Recht 1936 S. 20 ff.

214) Zutreffend sagt Huber S. 218, „es wäre ganz abwegig, diese konkreten Gliedstellungen mit dem alten Begriff des subjektiven Rechts begreifen und in ihm einen Inbegriff von subjektiven Rechten sehen zu wollen."

215) Vgl. Huber, Verfassung S. 218.

216) Scheuner a.a.O. S. 92; Höhn, Rechtsgemeinschaft an zahlreichen Stellen.

217) Grundfragen der Neuen Rechtswissenschaft — ein Bericht — in: Dt. R. W. I S 172.

218) Die nähere Bedeutung dieser Erkenntnis wird unten aufgezeigt werden.

Daraus ergibt sich folgende Einstellung: verlangt der Eigentümer gemäß § 985 BGB vom Besitzer Herausgabe der Sache oder der Käufer vom Verkäufer Erfüllung des Kaufvertrages, verlangt ein Ehegatte Herstellung der Lebensgemeinschaft vom Partner usw., so erfüllen sie mit der Geltendmachung dieser ihrer Privatrechte doch nur Aufgaben, die ihnen als einzelnen Gliedern der Gemeinschaft innerhalb des Ganzen zugewiesen sind.[219] Juristisch ist ihr Verlangen als Pflichtenerfüllung der Gemeinschaft gegenüber nicht anders zu werten als wie wir dies in der Rechts- und Pflichtenstellung der Erbhofbauern, des Beamten, des Arbeitsdienst- oder Wehrpflichtigen usw. wiederfinden. Die als rechtsformale Einheit aufzufassende Rechtsposition der Volkgenossen ist in allen diesen Fällen die gleiche: Das Recht ist der Ausdruck der Pflichterfüllung der Gemeinschaft gegenüber, die Pflicht ist die immanente Grenze der Berechtigung.[220] Nur die konkreten Aufgaben, um die es sich in den angeführten Fällen, von der Gemeinschaft aus gesehen, handelt, sind verschiedener Art. Die einen dienen dem Ganzen im engeren Bereich ihres Einzelwirkens in der Wirtschaft, in der Familie usw., die anderen im Bereich der öffentlichen Aufgaben, die Staat und Volk beherrschen. Stets aber geht die Persönlichkeit des Einzelnen immer erst aus dem Einsatz in der Volksgemeinschaft hervor, „sie wird getragen und empfangen von dem Gemeinschaftsleben." [221]

Abschließend kann daher zu dieser Frage gesagt werden, daß wir auch heute noch von einem subjektiven Recht des Einzelnen sprechen können und daß wir sagen dürfen, er sei „befugt", er „dürfe" oder „könne" eine bestimmte rechtserhebliche Tätigkeit entfalten, es „steht ihm ein Recht zu" usw. Entscheidend ist aber die Erkenntnis, daß dem (objektiven und) subjektiven Recht als Begriff nicht nur nicht mehr zentrale Bedeutung zukommt, sondern daß mit diesen Begriffen als solchen überhaupt nichts mehr zu gewinnen, nichts mehr anzufangen ist.[222] Ihr Sinngehalt ist, wenn und so weit wir heute noch mit diesen Begriffen praktisch arbeiten, in

219) Vgl. hierzu Maunz a.a.O. S. 104, ferner Siebert in Dt. R. W. I S. 24, 25 und Lazenz ebenda S. 32, 33.

220) Richtig Buße a.a.O. S. 172.

221) Larenz: Gemeinschafts- und Rechtsstellung in Dt. R. W. 1936 S. 33.

222) In dieser Beziehung kann den Ausführungen Eckhardt's in Dt. R. W. 1936 S. 352 ff. aus Anlaß seiner Besprechung des ersten Hefts der „Deutschen Rechtswissenschaft" durch Julius von Gierke in vollem Umfange beigepflichtet werden.

schroffem Gegensatz zur Vergangenheit ausschließlich den obigen Darlegungen gemäß aufzufassen.[223])

### b) Die Rechtsausübung.

Ist die Verwirkung, wie dargetan werden wird, weder Einrederechtstatbestand nach Art der Verjährung, noch Rechtsverlust durch Verschweigung[224]), kann vielmehr bewiesen werden, daß sie im weiteren Rahmen des Begriffs der Rechtsbetätigung unter dem Gesichtspunkt mißbräuchlicher Rechtsausübung dogmatisch begriffen werden muß, so bedarf es jetzt einer zum mindesten skizzenhaften Darlegung des Wesens der Rechtsausübung. Denn nur so kann verstanden werden, was Rechtsmißbrauch ist. Diesbezüglich ist Folgendes zu sagen: Recht und Rechtsausübung stellen sich als ein Begriffspaar dar, das von allgemeiner das gesamte Rechtsgebiet umfassender systematischer Bedeutung ist und das durch seine Beziehungsweise eine juristische Grundkategorie darstellt[225]). Dabei bedeutet „Recht" das statische, „Rechtsausübung" das dynamische Element. Beide sind elementare Ausdrucksformen der Rechtsstellung, die die Gliedstellung des einzelnen Volksgenossen in der Gemeinschaft ausmacht[226]). Unter Rechtsausübung ist jedes rechtserhebliche Verhalten zu verstehen, das sich als inhaltliche Verwirklichung eines subjektiven Privatrechts darstellt[227]). „Rechtsausübung" im Sinne des neuen Rechtsdenkens ist daher die irgendwie geartete Verwirklichung der volksgenössischen Gliedstellung einer Person im Gebiete des öffentlichen oder Privatrechts. Eine besondere Art der Rechtsausübung ist die Geltendmachung eines Rechts. Geltendmachung und Ausübung sind wohl verwandte, aber nicht gleichzusetzende Begriffe. Denn die Geltendmachung eines Rechts will besagen, daß gerichtlich oder außergerichtlich das Bestehen eines

223) Vgl. hierzu Eckhardt a.a.O. S. 356. Damit erledigt sich auch die unseres Erachtens wenig glückliche polemische Abhandlung Schönfeld's in Akad. Ztschr. 1937 Heft 4 S. 107 ff. Vgl. zu dem Ganzen auch Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft S. 259, These 2 bis 7.

224) S. unten unter B III. 3. a)

225) In diesem Sinne wird von Siebert — Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft 1935 S. 189 ff. — die Rechtsausübung in den Mittelpunkt seiner Lehre vom Wesen des Rechtsmißbrauchs als eine grundsätzliche Erscheinung des neuen Rechtsdenkens gestellt.

226) Larenz, Rechtsperson S. 240, 247, 259.

227) Von Tuhr Bd. II 2. Hälfte § 92 S. 545 ff; siehe ferner hierzu Gierke, Dt. Privatr. § 36 S. 319; Endemann I, S. 416 ff.; Crome, System I § 121, S. 330 ff.; Schnur S. 17, Anm. 4.

subjektiven Rechts[228]) behauptet und zur Verteidigung eigenen oder zur Abwehr fremden Rechts ins Feld geführt wird.[229]) Die Geltendmachung eines Rechts ist also stets eine Behauptung bestehenden Rechts gegenüber einer anderen Person, der gegenüber sie erfolgt ist.[230]) Daß der Begriff der Rechtsausübung der umfassendere ist, da er ja jedes rechtserhebliche menschliche Tun oder Unterlassen zum Inhalt hat, folgt schon daraus, daß zur Rechtsausübung auch die Gewinnung des wirtschaftlichen Genusses eines Rechts, die Ziehung von Früchten, die Betätigung des Eigentums oder eines sonstigen Herrschaftsrechts, ja auch rein reale Handlungen, die Verbindung, Vermischung, Verarbeitung usw. gehören, Handlungen, vermöge deren der jeweilige Rechtsträger sein Recht verwirklicht. Die Geltendmachung eines Rechts ist dagegen Rechtsbetätigung immer nur in einer Richtung, nämlich Behauptung des rechtlichen Bestandes. Sie erschöpft sich im Bezirk des Geistigen, niemals stellt sie sich darüber hinaus als eine reale Verwirklichung eines konkreten Rechtsinhalts dar. Es ist allerdings richtig, wenn von Tuhr[231]) darauf hinweist, daß die Ausübung nur bei Rechten vorkommt, daß dagegen nicht nur Rechte, sondern auch das Nichtbestehen eines Rechts oder sonstiger Tatsachen „geltend gemacht" werden könne.[232]) Dies ändert aber nichts daran, daß vom Standpunkt der Rechtsbetätigung aus gesehen, die Geltendmachung immer nur als rechtserhebliche Behauptung, die Ausübung des Rechts dagegen als jede auch sonst verwirklichte Inhaltsbetätigung des Rechts aufzufassen ist. Einigkeit besteht darüber, daß Ausübung und Geltendmachung eines Rechts auch gleichzeitig vorliegen können. Wenn aber von Tuhr[233]) behauptet, daß Geltendmachung ohne Ausübung vorkommen kann — wie dies z. B. bei der Feststellungsklage der Fall sei —, so begegnet dies berechtigten Zweifeln. Nach unserer Auffassung ist jede Geltendmachung eines Rechts auch Rechtsausübung, da diese nicht nur real oder wirtschaftlich, sondern auch rein geistig in der zielbewußten zur Erreichung eines rechtlichen Erfolges vorgebrachten Behauptung vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts zum Ausdruck gelangen kann. Nach dem Sprachgebrauch des Lebens

228) Vgl. hierzu Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. III § 171 S. 280.

229) Vgl. hierzu Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. III § 171, S. 280.

230) Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung 1910, S. 62.

231) a.a.O. S. 547 Anm. 21.

232) Vgl. auch Hellwig a.a.O. S. 281 ff.

233) a.a.O. S. 547.

und keineswegs im Widerspruch zu den Gesetzen der Logik, übt derjenige, der ein Recht geltend macht und es durchzusetzen sucht, sein Recht aus, auch wenn er sich auf die gerichtliche Geltendmachung durch Klage oder Einrede oder durch andere Rechtsbehelfe, wie Antrag auf Arrest oder einstweilige Verfügung beschränkt. Wir glauben daher, sagen zu dürfen, daß auch der, der die Feststellungsklage erhebt, eine Rechtsausübung, nicht nur eine Rechtsgeltendmachung vornimmt.[234] Andererseits hat von Tuhr recht, wenn er feststellt, daß es eine Rechtsausübung auch ohne Geltendmachung gibt. Dies stimmt mit unserer bereits oben gegebenen Auffassung überein.

Was nun aber den Hinweis v. Tuhr's auf das Geltendmachen sonstiger Tatsachen betrifft, so ist hierin nur eine Hilfstätigkeit, eine Betätigung des Rechts sekundärer Art zu erblicken, da Tatsachen nur geltend gemacht werden, um im Wege der Schlußfolgerung und Subsumtion die abzuleitenden Rechtsfolgen darzutun. Man macht also Tatsachen nur geltend, um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts zu behaupten, andernfalls hätte die Geltendmachung von rechtserheblichen Tatsachen keinerlei Wert. Aus der Feststellung, daß man zwar nur Rechte ausüben, wohl aber Tatsachen geltend machen kann, darf man also nicht mit von Tuhr die Folgerung ziehen, daß eine Rechtsgeltendmachung auch ohne Ausübung vorkommen kann.

Wir gelangen daher in dieser Frage abschließend zu dem Ergebnis, daß außergerichtliche und gerichtliche Geltendmachung eines Rechts nur eine besondere Art der Rechtsausübung ist, da sie nach allgemeiner Rechtsanschauung auch als rechtliche Verwirklichung des Inhalts eines subjektiven Privatrechts zu begreifen ist.

Bevor wir nun die uns allein hier interessierende Frage nach dem Wesen unerlaubter und zwar mißbräuchlicher Rechtsausübung im einzelnen betrachten, ist die konstruktive Beziehung zwischen Recht und Rechtsausübung zu ergründen. Für die vergangene Zeit hat Hirsch[235] in einer tiefgreifenden Untersuchung das Wesen der

234) Jede Klage hat zweifache Bedeutung: Prozessual gesehen ist sie Geltendmachung von Rechten, wirtschaftlich gesehen ist sie eine Art der Inhaltsverwirklichung des Rechts. Vgl. Endemann I § 84, S. 416, 417.

235) Die Uebertragung der Rechtsausübung 1910 I S. 18, 25, 27, 36 etc. etc. Allerdings hat auch Hirsch schon früher lebhaften Widerspruch erfahren. Vgl. hierzu die Kritik Heinsheimers in Kritischer Vierteljahresschrift Bd. 49 S. 463.

Rechtsausübung in einer Rechtsvervielfältigung erblickt, indem er abstraktes subjektives Recht und Rechtsausübung als scharf voneinander zu trennende Begriffe auffaßte und innerhalb der Rechtsausübung die Fälle der abgeleiteten Rechte neben denen bloßer Ausübungsberechtigung unverbunden und in Gegensatz zueinander stellte. Auf diese Lehre, die als richtungweisend für die damalige Zeit gelten kann, gekennzeichnet durch die Präzision logischer Abstraktionen und durch die Auffassung vom Recht als einem für sich bestehenden mechanischen Kunstwerk, kann hier nicht näher eingegangen werden. Denn das neue Rechtsdenken hat der allein richtigen Auffassung zum Durchbruch verholfen, daß das Verhältnis zwischen Recht und Rechtsausübung methodisch nur unter dem Gesichtswinkel von Statik und Dynamik verstanden werden kann. Dies muß umso mehr betont werden, als gerade für das Gebiet der Verwirkung zweifelhaft geworden ist, ob sie zu einem Erlöschen des subjektiven Rechts oder nur zu einer Einrede- bzw. Einwandsbefugnis führt, ob sie die Rechtsausübung oder den Rechtsinhalt betrifft[236]. Während die Römer noch nicht die Erkenntnis gewonnen hatten, daß die Rechtsfunktion eine Wesenserscheinung aller Rechte ist, das antike Recht wohl überhaupt nur das Recht körperlich begriff,[237], hat gerade das deutsche Recht seit jeher das Wirken des Rechts und das Rechtserlebnis anstelle der körperlichen Existenzbetrachtung von Person und Sache gesetzt und die Auffassung vom Körperlichen ⟨Materie, Stoff⟩ durch die von der Funktion ⟨Energie, Bewegung⟩ ersetzt. Diese Denkweise wertet nicht Person oder Sache als reale Gegebenheiten in begrifflicher abstrakter Erfassung, sondern die den Lebens- und Rechtsvorgängen um die Person und Sache innewohnende Dynamik[238]. Das Schrifttum der Gegenwart weist denn auch mit Recht darauf hin, daß schon der Begriff der mittelalterlichen Gewere[239], die dem deutschen Recht so eigentümliche Ausgestaltung von Schuld und Haftung[240], ferner die Behandlung der körperlichen und unkörperlichen Sachen[241], das Institut

236⟩ Vgl. hierzu Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, z. B. S. 211, 213 ff.; Derselbe, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 30, 155, 200 und unten unt. B 4. c.

237⟩ Spengler, Untergang des Abendlandes Bd. II, S. 97.

238⟩ Vgl. hierzu das grundlegende Werk von Bott-Bodenhausen, Normatives und funktionales Recht, 1926.

239⟩ Vgl. Hübner, Grundzüge d. dtsch. Privatrechts 7. Aufl. 1930, S. 198 ff.

240⟩ Hübner a.a.O. § 68 S. 493 ff.

241⟩ Hübner a.a.O. § 24 S. 176, 77: „Der Wert der körperlichen Sachen eines Grundstücks, eines Tieres liegt in ihrer wirtschaftlichen Nutzbarkeit, die sie dem Berechtigten gewährt. So kam man auch hier dazu, Recht und Sache gleichzusetzen."

des Eigentums[242]), des Lehns[243]) u. a. m.[244]) nur unter dem Gesichtspunkt dynamischer Rechtsphänomenologie zutreffend gewürdigt werden können. Wenn es der heutigen Lehre aber schon seit jeher darum ging, die Rechtswirklichkeit zu erfassen, wie sie vom Volke verstanden und erlebt wird, so leuchtet ein, daß sie diesem völkischen Bedürfnis nur zu genügen vermochte, wenn sie die Rechtsfunktion, d. h. die an die Außenwelt dringende Entfaltung der dem Recht innewohnenden Kräfte in das richtige Licht rückte und den wirklichen Lebenswert der völkischen Gliedstellung des Einzelnen in concreto herausstellte[245]).

Auf Einzelheiten kann in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden. Welch tiefgehenden Einfluß das dynamische Element aber bei der Neubildung des deutschen Rechts auf die Gesetzgebung der Gegenwart seit dem Umbruch ausgeübt hat, hat Volkmar[246]) in anschaulicher Weise aufgezeigt. Unter Hinweis auf die tiefen Gedankengänge Spengler's, auf die Art des abendländischen Zahlendenkens, auf den Uebergang von der sinnlich vorstellbaren zur analythischen Geometrie und endlich auf die neuesten Erkenntnisse im Gebiet der Physik (Electronentheorie) weist Volkmar in überzeugender Weise nach, wie auf dem Gebiete der Kunst und im Recht sich eine große Umwälzung vom Statischen zum Dynamischen vollzieht, wobei er die tieferen Anfangsgründe dieses Entwickelungsprozesses bereits im Mittelalter vorzufinden glaubt. Der statischen Anschauung entspreche im Gebiete des Rechtsdenkens die Begriffsjurisprudenz, der dynamischen Anschauung entspreche die soziologische Lehre, die auf das Wirken und Wollen der Rechtssätze abstelle[247]). Wie weit die positive Rechtsgestaltung der Gewart diese dynamische Art der Rechtsbetrachtung bereits in sich aufgenommen hat, weist Volkmar an der ja auch für die Verwir-

242) Das deutsche Recht geht von der ursprünglichen Einheit einer weit umfassenden Eigentumsherrschaft im öffentlichen und Privatrecht ungesondert und ungetrennt aus. Ihr Inhalt war in gleicher Weise Entfaltung politischer Herrschaftsmacht wie privatrechtlicher Vermögensgewalt. Diese konzentrierte Rechtsmacht zeigt sich am deutlichsten im Recht an der Allmende. Hübner a.a.O. S. 245.

243) Seine die gesamte Kultur des Mittelalters durchdringende, den Aufbau von Staat und Gesellschaft beherrschende Entwicklung im Mittelalter ist ebenso bekannt wie die Tatsache, daß es in tiefgreifender Weise die Anschauungen der mittelalterlichen Menschen beeinflußte. S. hierzu Hübner a.a.O. § 47 S. 363 ff.

244) Hierher gehört auch das Problem der juristischen Person.

245) Vgl. zu dem Ganzen Schnur S. 38 Anm. 1 u. 2.

246) In der Zeitschr. Akad. f. Dt. R. 1935, S. 472 ff.

247) Volkmar a.a.O. S. 473.

kung so wichtigen Aufwertungsrechtsprechung, an der Umwandlung unseres Schuldbegriffs, am funktionellen Wert des Eigentumsbegriffs, den bereits Hedemann[248]) erkannt hat, am neuen Jagdrecht usw. im einzelnen nach. Es braucht in diesem Zusammenhang nur an das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksertüchtigung von besonderer Bedeutung sind, vom 13. Dezember 1933 und an die weitumspannende Regelung des landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahrens erinnert zu werden. Denn was anderes bedeutet hier dynamisch-funktionelles Rechtsdenken, als daß der Gesetzgeber endlich dem Gedanken zum siegreichen Durchbruch verholfen hat, daß das ursprüngliche Verhältnis zwischen Ertragsfähigkeit des Grundstücks und tragbarer Belastung wieder hergestellt wird? Auch auf den neuen Einheitsmietvertrag, die Neugestaltung des Arbeitsverhältnisses, auf den dynamischen Ursprung jedes Einzelbetriebes, auf die Neugestaltung des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes unter dem Gesichtspunkt dynamischer Rechtsschöpfung, auf das Problem der Leistungsstörung, auf die neuen Gesetze im Gebiete des Familienrechts (Scheinehe, Namensehe, Adoptionsmißbräuche, vgl. Gesetz vom 23. Nov. 1933) weist Volkmar zutreffend hin. Schließlich aber erblickt er in eingehenden Darlegungen in dem Uebergang zur dynamischen Auffassung im neuen Vollstreckungsrecht gemäß der Verordnung vom 26. Mai 1933 und den Gesetzen vom 24. Oktober 1934 und 13. Dezember 1934 einen der gewaltigsten Fortschritte, den das gesamte Prozeß- und Vollsreckungsrecht im Geiste des neuen Rechtsdenkens bis jetzt erzielt hat[249]).

Daß diese Auffassungen aber nicht nur die Erkenntnisse eines einzelnen Schriftstellers sind, sondern heute bereits als Allgemeingut aufgefaßt werden können, ergibt sich nicht nur aus den im Laufe dieser Abhandlung mehrfach gemachten Hinweisen auf das neue Schrifttum, sondern auch aus der uns bereits bekannten höchstrichterlichen Verwirkungsrechtsprechung[250]).

248) Vgl. seinen Aufsatz: Umwandlung des Eigentumsbegriffs in Recht u. Wirtsch. 1922, S. 588, ferner: Funktioneller Wert des Eigentumsbegriffs in Schw.Jur.Ztg. 1924 S. 271.

249) Volkmar a. a. O. S. 477—480.

250) Es sei hier noch einmal hingewiesen auf: Fehr: Das kommende Recht 1933, Schmelzeisen in: Arch. ziv. Prax. 136, 38 ff., 129 ff.; Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung in: Der deutsche Staat der Gegenwart 1935 S. 35 ff., 42 ff., 73 ff.; Derselbe: Bauernrecht u. bürgerliches Liegenschaftsrecht in Dt. R.W. 1936 S. 193 ff.; Busse: Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft in Dt.R.W. 1936 S. 289, Siebert BGB-System und völkische Ordnung in Dt.Rechtsw. 1936 S. 204 ff.; Schaffstein a. a. O. S. 7 ff. 14; Huber: Verfassung S. 67, 69.

c. Die Wechselwirkung zwischen Recht und Rechtsausübung.

Wie stellt sich nun auf dem Boden dieser Wirklichkeitslehre das Verhältnis der Rechtsausübung zum objektiven Recht dar?

Hierzu ist Folgendes zu sagen:

Die Rechtsausübung ist nichts anderes als die dynamische Funktion des subjektiven Rechts, sie ist das subjektive Recht in seiner Verwirklichung, in seiner Lebenswirklichkeit. Denn „Leben" ebenso wie „Rechtsleben" ist nicht Substanzsein, sondern Entwicklung, Werden und Vergehen, Gestaltung und Entwicklung. Die Rechte des Einzelnen d. h. die gliedhafte Stellung des Volksgenossen in der Gemeinschaft sind rechtlich nicht als „Subjektsein", sondern als Wirken- und Waltendürfen aufzufassen. Larenz[251] sagt, daß die Persönlichkeit erst aus dem Einsatz in der Volksgemeinschaft hervorgehe, sie werde daher getragen und empfangen vom Gemeinschaftsleben. Der Begriff der Rechtsausübung kann daher, wie alles Leben, nur aus der Bewegung erklärt, von der Entwicklung her bestimmt werden. Auch der Gesetzgeber verleiht, sofern man dies heut überhaupt noch sagen kann, Befugnisse, Berechtigungen, subjektive Rechte etc. dem Einzelnen nur, um die Aufgabenerfüllung zum Ausdruck zu bringen, um die es für jeden Deutschen in der Volksgemeinschaft geht[252]. In der Rechtsausübung erleben wir daher überhaupt erst das Recht als solches, es ist um der Ausübung willen da. Es entwickelt sich aus keimhaften Anfang zu einem Vollrecht oder es schrumpft zusammen und stirbt ab. Dabei kann das subjebtive Recht eine ganze Reihe von Entwicklungsstadien durchmachen, in denen es mit Rücksicht auf die vom objektiven Recht gesetzten Zwecke und erstreben Ziele Wandlungen durchmacht, die ihm eine verschiedene Gestalt verleihen[253]. Es gibt also keine Rechtsausübung ohne Recht, kein Recht ohne Tendenz zur Rechtsausübung, will man den wahren Sinn, der einem subjektiven Recht zukommt, begreifen. Rechtsausübung ist daher nur ein besonders gearteter Gesichtspunkt, von dem aus wir das subjektive Recht sehen. Sie ist das Erlebnis des subjektiven Rechts als solchem, sie ist das subjektive Recht in seiner eigentlichen und stets unabweisbaren Aufgabe, nämlich die Verwirklichung allgemeiner Volks- und

251) Larenz, Rechtsperson S. 245 ff.; 249, 260 und an anderen Stellen.
252) Larenz a.a O.
253) Man denke an Anwartschaften, bedingte Rechte, Erwerbsberechtigungen, Entwicklungsstufen, Schwebezustände und dergl. m.; v. Tuhr I § 9; Windscheid I § 89; Enneccerus I § 75, § 72.

Einzelinteressen. Es ist daher verfehlt, in tieferem Sinne zwischen Recht und Befugnis, Rechtsmacht und Berechtigung unterscheiden zu wollen[254]. Denn jede Befugnis, die ein konkretes subjektives Recht enthält, ist eben schon die dynamische Funktion des subjektiven Rechts selbst, ist das Recht von einer bestimmten Seite aus gesehen. Daraus folgt auch, daß alle diejenigen Lehren[255] verfehlt sind, die in der Rechtsausübung eine Rechtsvervielfältigung, eine Rechtsteilung oder Aehnliches erblicken. Die Rechtsausübung ist richtiger Auffassung nach kein neues Recht, das, aus dem subjektiven Privatrecht ausgeschieden, selbständige privatrechtliche Existenz aufweist. Gewiß kann in besonderen Fällen der Gesetzgeber die Rechtsausübungsbefugnis einmal zu einem selbständigen vom Mutterrecht losgelösten konkreten Privatrecht ausgestalten, wie dies z. B. nach dem neuen Reichs-Jagdgesesetz vom 3. Juli 1934, beim Jagdpachtrecht[256] der Fall ist. Von solchen Ausnahmefällen abgesehen kommt aber der Rechtsausübung kein selbständiger Rechtscharakter zu. Das Wesen der Rechtsausübung ist darin zu erblicken, daß sie Grundfunktion aller subjektiver Rechte ist, ohne die diese nicht gedacht werden können und ohne die sie ihren Sinn verlieren würden. Die Rechtsausübung ist, um einen Ausdruck Smend's[257] zu gebrauchen, die Integration des subjektiven Rechts selbst. Dieses für die Systematik des kommenden deutschen Privatrechts grundlegenden Fragen der Umgestaltung des früheren Denkens im Geiste des neuen Gegenwartsrechts können hier nur kurz erwähnt werden, ebenso wie die daraus zu ziehenden Folgerungen in Ansehung der hier berührten Probleme lediglich angedeutet werden können. Es bedarf aber einer Erörterung dieser Dinge deshalb, weil ohne umfassendes Verständnis des Wesens der Rechtsausübung eine kritische Betrachtung der Siebert'schen Rechtsmißbrauchslehre und damit der Rechtsnatur der Verwirkung nicht möglich ist. Wir beschränken uns im Folgenden auf zwei für das neue Rechtsdenken grundsätzliche Fragen, die subjektlosen Rechte und die Lösbarkeit bzw. Unlösbarkeit eines Rechts von der Person.

Auf dem Boden unserer Lehre von der Praevalenz der Rechtsausübung gegenüber dem subjektiven Recht ergibt sich zunächst die Unzulässigkeit der Annahme subjektloser Rechte. Die Konstruk-

254) Enneccerus I § 65 Nr. 3; Kohler I § 48.
255) Richtig: Schnur S. 29 ff.
256) Siehe hierzu unten S. ferner Schnur S. 43 ff., 65 ff.
257) Verfassung und Verfassungsrecht S. 18 ff., 75 ff., u.a.m.

tionsmöglichkeit subjektloser Rechte verbietet sich deshalb, weil erst in der Rechtsausübung der Sinn eines jeden subjektiven Rechts zu erblicken ist. Eine Rechtsausübung ohne Rechtssubjekt ist aber unvorstellbar. Die noch vielfach im Schrifttum vertretene Auffassung, daß im Fall eines vom Berechtigten derelinquierten und von einem anderen okkubierten Inhaberpapiers ein subjektloses Recht vorliege, ein Vorgang, der am besten mit der rechtlichen Gebundenheit eines Gutes zu erklären sei, aus der sich möglicherweise ein subjektives Recht entwickeln oder wieder entwickeln würde,[258] ist nach heutigem Rechtsdenken verfehlt. Diese Frage ist überhaupt nicht aus dem Gesichtspunkt subjektiver Rechte, sondern im Blickfeld der Rechtsausübung zu betrachten. So lange keine zur Rechtsausübung berufene bzw. vorhandene Person gegeben ist, kann von einer aktuellen Rechtsausübung nicht gesprochen werden, wohl aber von einer potentiellen, da ja jederzeit ein Rechtssubjekt in die Erscheinung treten kann. Aber die Verbriefung des abstrakten Wertpapierrechts in dem Inhaberpapier bleibt im Interesse der völkischen Gemeinschaft durchaus unangetastet, und für die Volksinteressen und Volksgemeinschaft ist der Wert einer Banknota der gleiche, mag sie sich in der Brieftasche eines Berechtigten oder unberechtigten Dritten oder auf Grund einer Dereliktion auf der Straße oder sonstwo, dem Zugriff jedermanns ausgesetzt, befinden. Man sieht, eine konstruktive rechtslogische Untersuchung dieser Rechtslage vom Subjekt aus führt zu nichts, die Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschaftsinteressen und im Blickfelde der Rechtsausübung dagegen vermag diesen problematischen Fall einfach und ungezwungen zu erklären. Nicht anders ist die Rechtslage in Ansehung der konstruktiven Erfassung der Einsetzung einer beim Erbfall noch nicht erzeugten Person zum Nacherben. Gemäß §§ 2101, 2168 Abs. 2 BGB kann eine Nacherbfolge und ein Vermächtnis auch zu Gunsten des „nandum conceptus" vorgenommen werden und einen noch nicht erzeugten Nacherben kann auch ein Pfleger bestellt (§ 1913) und zu Gunsten eines noch nicht Erzeugten kann ein „Vertrag zu Gunsten Dritter" geschlossen werden.[259] Hier ist nicht das Wesentliche, daß zurzeit nur eine rechtliche Gebundenheit „für die Zwecke des in Zukunft erwarteten Rechtsub-

258) Enneccerus-(Nipperdey) Bd. I § 68 I 4 b, Windscheid I § 49 Nr. 1. Derselbe: Die Actio Seite 234 ff. Kohler I § 45 u. § 151. Aehnlich ist die Rechtslage beim Nasciturus. Vgl. Planck, Komm. z. BGB § 1 Nr. 3 und 4.

259) § 331 BGB, hierzu RG 65, 277, K.G. 29, S. 156 ff.

jekts" vorliegt, die sich erst, „wenn später dieses Rechtsubjekt entsteht, in ein subjektives Recht verwandelt." Diese Ueberlegung ist unseres Erachtens konstruktiv nicht wertvoll, aufschlußreich dagegen ist die Erkenntnis, daß nach gesunder deutscher[260] Volksanschauung die Vermögensfürsorge für die kommende Generation d. h. für die leiblichen Nachkommen oder sonstigen Personen, deren Existenz wohl erwartet, aber noch keineswegs sicher ist, im Interesse der Familie oder Sippe, der Erhaltung und Sicherung des Vermögens für bestimmte Personengruppen und Gemeinschaften, letzten Endes für die Volksgemeinschaft vom Gesetz anerkannt und gefördert werden soll, sodaß die Ausübung der in der Zwischenzeit sich ergebenden Rechte und Pflichten durch eine dazu befugte im Interesse der Volksgemeinschaft tätige Person sinnvoll und zweckmäßig erscheint. Es will uns scheinen, daß schon das Reichsgericht seinerzeit aus gleichen rechts- und volkspolitischen Erwägungen ausgesprochen hat, daß eine vom Pfleger für die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft einer Einzelperson erworbene Hypothek im Grundbuch eingetragen werden kann.[261] Verfehlt, wenn auch für die damalige Zeit begreiflich, war die vom Reichsgericht der Entscheidung zugrunde gelegte Konstruktion vom Bestehen einer juristischen Person.[262] Für die Gegenwart würde eine solche Annahme absurd erscheinen,[263] auch unter Hinweis auf die Möglichkeit analoger Anwendung von Vorschriften über subjektive Rechte.[264] In der gleichen Richtung ist auch die Frage der Lösbarkeit oder Unlösbarkeit eines Rechts von einer Person zu beurteilen. Man sagt, die Rechte seien in der Regel mit der Person direkt verknüpft, sie stünden einer bestimmten Person als solcher zu.[265] Es gäbe aber auch eine indirekte Verknüpfung, wonach die Rechte dem Einzelsubjekt insofern lediglich mittelbar zuständen, als sie zunächst an ein anderes Recht oder Tatsachenverhältnis gebunden seien, zudaß sie stets demjenigen zuständen, dem dieses Recht zukomme oder der sich in diesem tatsächlichen Verhältnis befinde.[266] Aber schon diese Konstruktion

260) Wohl überhaupt nach der Anschauung der indogermanischen Völker.

261) Siehe hierzu RG. Bd. 61 S. 355, Bd. 65 S. 277.

262) Vgl. hierzu auch Kohler I § 151.

263) Dagegen schon für die frühere Zeit Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 77 Anm. 6.

264) Mit anderen Lehren wie sie Ihering in Dogm. Jahrb. 10 S. 390 ff. — „Die passive Seite der Rechte" — und Becker I § 18 Beilage III — „Der objektive Bestand des Rechts" vertreten, ist heute nichts mehr anzufangen.

265) Enneccerus (-Nipperdey) I § 68 II.

266) Die Grunddienstbarkeiten stehen dem jeweiligen Grundeigentümer als solchem zu, das Eigentum am Schuldschein dem jeweiligen Forderungsgläubiger.

der direkten oder indirekten Verknüpfung von Rechten mit einer Person scheint wenig zu besagen und relativ inhaltlos zu sein, wenn man demgegenüber das Problem der sogenannten Rechts- und Personenverknüpfung von der Rechtsausübung her betrachtet. Aus dem Wesen und der Natur der Grunddienstbarkeiten, lebenswirklich erfaßt, folgt, daß sie dem jeweiligen Grundstückseigentümer zustehen. Denn vermöge dieser Grunddienstbarkeiten übt er ja überhaupt erst in vollwertiger Weise das Grundstückseigentum aus. Dynamisch gesehen ist es eine einfache Selbstverständlichkeit, daß diese Art von Nutzungsrechten, die agrar- oder finanzwirtschaftlich von hoher Bedeutung für den Grundbesitz sind, zunächst keinem anderen als den Inhaber des Eigentums am Grundstück zur Verfügung steht. Ebenso erscheint es ungezwungen und einer besonderen rechtsformalen Konstruktion überhaupt nicht bedürftig,[267] daß — vgl. § 952 BGB — der Gläubiger der Forderung als solcher auch Schuldscheineigentümer ist: Ist ihm doch nach einfacher Verkehrsauffassung meist nur der Besitz der Urkunde das Mittel, den Nachweis für seine Gläuberschaft zu erbringen und die Forderung einzutreiben. Fragen wir aber nicht, wem das Eigentum am Schuldschein „zusteht", sondern fragen wir, wie schuldscheingesicherte Forderungen geltend gemacht und beigetrieben zu werden pflegen, so ergibt sich aus dieser Betrachtung der rechtsfunktionellen Lebensvorgänge ungezwungen die Antwort, daß zu rechtswirksamer Ausübung eines Forderungsrechtes auch das Eigentum am Schuldschein gehört. Dies ist juristisch nach heutiger Auffassung der zutreffende Grund für die im § 952 BGB getroffene Regelung.

In gleicher Richtung sollen einige Gedanken noch kurz fortgeführt werden: Wie ist die bereits angedeutete Frage der Lösbarkeit und Unlösbarkeit eines Rechts von einer Person heute rechtlich zu erfassen? Man teilt im allgemeinen so ein: Es gibt unlösbare Rechte wie das Namensrecht, oder aber auch lösbare Rechte, und zwar bald so, daß mit der Loslösung des Rechts von der Person das Recht erlischt (Hauptfall: Nießbrauch), oder so, daß das Recht schlechtweg übertragen werden bzw. vererbt werden kann.[268] Mit besonderer Schärfe wird nun darauf hingewiesen, daß ein Recht trotz der Unveräußerlichkeit doch wenigstens der Ausübung nach übertrag-

267) Vgl. z. B. von Tuhr I § 2 S. 67 Anm. 9.

268) Für Verbindlichkeit ohne Veräußerlichkeit ist auf § 717 BGB zu verweisen; für Veräußerlichkeit ohne Vererblichkeit auf das römische Recht: Die Delation der Erbschaft.

bar sein kann, wofür als Hauptfall auf den Nießbrauch verwiesen wird. Entsprechendes wird dann auch für die Rechtspflichten behauptet.[269] Es will scheinen, daß diese Art der konstruktiven systematischen Grundlegung heut überwunden werden muß. Wenn vom Namensrecht gesagt wird, es liege ein direkt verknüpftes schlechtweg unlösbares Recht vor, so ist damit nichts gewonnen. Daß mit dem Tode einer Person ihr lebendiger Ausdruck menschlichen Daseins in Staat und Familie, im engeren und weiteren Bereich menschlichen Wirkens und Waltens erlischt, ist eine so unmittelbare, so evidente Lebenserscheinung, daß sie garnicht noch besonders rechtskonstruktiv erfaßt werden darf, will man das Rechtsbild dieses Vorgangs nicht verfälschen. Das Erlöschen des Namensrechts beim Tode einer Person ist daher rein juristisch überhaupt nicht faßbar. Es ergibt sich aus der individualistischen Funktion unseres Kulturlebens. Die Unlösbarkeit des Namensrechts während Lebzeiten des Rechtsträgers ergibt sich aus dem Wesen und der Natur des Namens überhaupt. Denn er soll ja gerade nur und ausschließlich denjenigen im Dasein kennzeichnen, der den Namen trägt. Wenn das Gesetz daher den Namen einer einzelnen Person überhaupt unter rechtlichen Schutz stellte, so tat es dies nicht, weil das Recht auf den Namen als subjektives Personenrecht und nicht nur als eine rechtliche Eigenschaft konstruktiv zu erfassen ist,[270] sondern weil erst durch die Betätigung und Verwendung des Namens im Kultur- und Wirtschaftleben eines Volkes der Sinn und Zweck eines solchen Rechtsschutzes zutage tritt und erst so die gesetzlichen Vorschriften überhaupt verständlich werden. Das Recht auf den Namen ist daher unveräußerlich, nicht weil es sich um ein höchstpersönliches subjektives Personenrecht handelt, sondern weil das Wesen der völkischen Persönlichkeit innerhalb der Volksgemeinschaft als Träger von Rechten und Pflichten ja gerade erst darin gefunden werden und nur dadurch zum Ausdruck kommen kann, daß er, der Einzelne, als Träger dieses Namens sich in jeder Beziehung im Gebiet des idealen, wie des materiellen Daseins nur als solcher ausweisen kann. Erst im Gebrauch des Namens d. h. in der Ausübung des ihm zustehenden Namensrechts liegt der eigentliche Sinn desselben beschlossen. Es wird sogar allgemein für zulässig erklärt, daß man einem anderen

269) Zu dem Ganzen s. Enneccerus (Nipperdey) § 68 a.a.O., Windscheid (Kipp) I § 49, 50; Crome § 29, S. 5 ff; von Tuhr I § 2, S. 66 ff.; Regelsberger § 51 IV usw.

270) Zitelmann, Int. Priv. R. I § 125; Enneccerus I § 71.

gestattet, den Namen des Gestattenden als eigenen tatsächlich zu führen. Man hält einen derartigen „Rechtsverzicht", der unter Umständen stillschweigend erfolgen kann, für gültig.[271])

Dazu ist zu sagen: Auf dem Boden unserer Anschauung handelt es sich in einem solchen Falle garnicht um einen „Rechts"verzicht, sondern eben nur um einen „Ausübungs"verzicht. Auf Grund der oben getroffenen Feststellungen ist das Namensrecht eben erst in der Ausübung und Verwirklichung durch den Rechtsträger rechtlich existent. Das vertragliche Versprechen, die aus § 12 BGB gegebenen Rechte nicht ausüben zu wollen, kann sich daher nur als eine aus der Rechtsausübung zu begreifende Verzichtserklärung darstellen, nicht aber als Rechtsverzicht. Auch das Gesetz bestätigt diese Auffassung, wenn es den eigentlichen Sinn des Namensrechts darin erblickt, daß der Namensträger bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auf Feststellung des Namens gemäß § 256 ZPO oder auf Unterlassung[272]) nach § 12 BGB klagen kann, sofern dem Berechtigten das Recht auf Namensgebrauch bestritten wird oder ein anderer den Namen unberechtigt gebraucht.[273]) Hieraus geht mit aller Klarheit hervor, daß mit der rechtsformalen Feststellung, das Namensrecht sei ein subjektives Personenrecht, nichts ausgesagt wird. Dagegen vermag die Rechtsausübung, nämlich der Namensgebrauch, die Führung des Namens, die Benutzung des Namens zur Bezeichnung von Gewerbebetrieb, Waren oder ideellen Leistungen die Rechtsbedeutung dieser Vorschrift vollkommen zu erklären.[274])

Noch deutlicher tritt das uns hier beschäftigende Problem bei einem anderen Fragenkomplex in Erscheinung, der noch kurz behandelt werden soll: Was hat es zu bedeuten, daß das Gesetz im § 1059 Satz 1 vorschreibt, daß der Nießbrauch unübertragbar sei, gemäß § 1059 Satz 2 die Ausübung des Nießbrauchs an einen anderen dagegen für zulässig erklärt? Wir stehen nicht an, im Sinne der funktionalen Rechtsauffassung zu erklären, daß diese für einen Unbefangenen widerspruchsvolle Vorschrift nur aus dem früheren

271) Vgl. hierzu RG 69 S. 403 i. V. m. RG Bd. 5, S. 171; Opet ziv. Arch. 87, 360 u. a. m.

272) Vgl. von Tuhr I § 30 S. 445 ff.

273) Zunächst Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung, auf Unterlassung erst, wenn weitere Beeinträchtigungen zu erwarten sind.

274) RG. Bd. 66, S. 323, Bd. 114, S. 93; s. allerdings auch RG. Bd. 93, S. 352, RG 74, S. 311 u. a. m.

Zeitgeist zu verstehen ist. Ist der Sinn des subjektiven Rechts wesensmäßig und ausschließlich in der Rechtsausübung zu erblicken und wird gemäß § 1059 Satz 2 BGB die Nießbrauchsausübung für übertragbar erklärt, so ist gemäß dem gesunden wirtschaftlichen Denken der Gegenwart der Nießbrauch eben ein übertragbares Recht, da die wirtschaftlichen Werte und der Nutzeffekt, den er beinhaltet und die er in sich schließt, durch eine vom Nießbraucher verschiedene Person verwirklicht werden können. Das soll nicht bedeuten, daß die Vorschrift des § 1059 Satz 1 zu streichen ist: Die sogenannte Unübertragbarkeit des Nießbrauchs bedeutet einmal, daß mit dem Tode des Nießbrauchsberechtigten d. h. des Zedenten der Ausübungsberechtigung auch diese Nießbrauchsausübungsberechtigung erlischt ⟨§ 1061 BGB⟩. Sodann hat sie die Bedeutung, daß der Nießbraucher trotz der Uebertragbarkeit der Ausübungsberechtigung berechtigt bleibt, z. B. durch Verzicht den Nießbrauch mit Wirkung gegen den Ausübungsberechtigten zum Erlöschen zu bringen. Auch bleibt der Nießbraucher befugt, durch spätere Abreden mit dem Sacheigentümer z. B. durch Ausschlagung einzelner Nutzungen mit Wirkung gegen den Zessionar den Nießbrauchsumfang einzuengen. Das ist der Sinn der Vorschrift des § 1059 Satz 1, daß der Nießbrauch unübertragbar sei, während Satz 2 die Nießbrauchsausübung für zessibel erklärt. Das Gesetz hätte besser getan, statt des heute nicht mehr ohne weiteres verständlichen Gegensatzes zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 1059 und statt der Vorschrift über die Ausübungsübertragung die Grenzen der Berechtigung des Erwerbers und die Tatsache der fortbestehenden Verfügungsberechtigung des Nießbrauchers im einzelnen zu regeln.

In gleichem Sinne ist die aus der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs gezogene Folgerung zu verstehen, daß der Nießbrauch nicht wieder mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastet werden kann ⟨§ 1069 Abs. 2, § 1274/2 BGB⟩. Gleiches gilt für die Streitfrage, ob der Erwerber ein unmittelbares Nutzungsrecht oder nur ein obligatorisches Recht gegen den Nießbraucher auf Ausübungsduldung erlangt. Nach der von uns vertretenen dynamischen Rechtslehre erlangt er eben das im Nießbrauch nach wie vor enthaltene bislang dem Nießbraucher zustehende vollwertige Nutzungsrecht. Für einen bloß obligatorischen durch Besitz gefestigten Anspruch gegen den Nießbraucher, wie ihn die herrschende Lehre annimmt, ist konstruktiv kein Raum[275]⟩. Aber nach dem Gesagten besteht das Nutzungs-

275⟩ Enneccerus Bd. 3 Sachenrecht 1929 § 118, Anm. 2.

recht des Erwerbers eben nur in den oben angegebenen Grenzen, sodaß es als unselbständiges oder abhängiges Ausübungsrecht bezeichnet werden kann, obwohl der Erwerber es im eigenen Namen ausübt. Hinzukommt noch Folgendes: Dieses durch Ausübungsüberlassung entstehende Recht — § 1059 Satz 2 BGB — kann nun wiederum Gegenstand eines Nießbrauchs sein und zwar in der Weise, daß der Sachnießbraucher einem Dritten die Ausübung überläßt und dieser dann einen anderen einen Nießbrauch daran bestellt. Oder aber der Sachnießbraucher selbst bestellt an dem überlaßbaren Inhalt des Nießbrauchs den Nießbrauch einem anderen. In diesem Falle dürfte nach der strengen Auffassung des Gesetzes (§ 1059 Satz 1) von einem Nießbrauch am Nießbrauch keine Rede sein, da es ja so etwas nach dam BGB nicht geben soll. Denn ein unübertragbares Recht kann gemäß § 1069 Abs. 2 BGB nicht nießbrauchsbelastet werden und nach allgemeiner Auffassung ist die Nießbrauchsbestellung nichts anderes als eine partielle Uebertragung der im Grundrecht enthaltenen Befugnisse[276]). Deshalb das Verbot einer Nießbrauchsbestellung am Nießbrauch, verbis expressis legis! Ist nicht aber der Sache nach d. h. dem wirtschaftlichen Empfinden und der Wahrheit des Lebens gemäß in diesen Fällen doch die vollkommene Inhaltsverwirklichung des Nießbrauchsrechts in der Person des Nießbrauchserwerbers gegeben. Liegt nicht in Wahrheit doch ein Nießbrauch am Nießbrauch vor, insbesondere wenn der Ausübungsüberlassungsberechtigte an diesem Ausübungsrecht einem Dritten einen Nießbrauch bestellt, was ja auch nach herrschender Lehre zulässig ist? Unseres Erachtens ist dies uneingeschränkt zu bejahen. Das BGB will durch die angeführten Vorschriften ja nur zum Ausdruck bringen, daß trotz der Entstehung des Drittrechtes das Grundrecht nach drei Richtungen hin an die Person des ursprünglichen Rechtsträgers gebunden bleibt: Es erlischt durch den Tod des Nießbrauchers, es bleibt der Verfügung desselben bei Lebzeiten nach wie vor unterworfen (Hauptfall: Verzicht) und es kann legalschuldrechtlich eingeengt werden[277]). Im übrigen ist eben der Sinngehalt des Nießbrauchsrechts in der Nutzung, Fruchtziehung usw. zu erblicken und diese liegen auch beim Inhaber der Ausübungsberechtigung sowie bei demjenigen, den der Nießbrauch an der Ausübungsberechtigung bestellt worden ist. Einer lebenswirklichen Auffassung, derzufolge der Sinn des subjektiven Rechts aus-

276) Enneccerus a.a.O. § 120 II.
277) Letzteres ist bestritten worden, vgl. hierzu Eccius in Gruchot 50 S. 503 ff.

schließlich und entscheidend in der Rechtsausübung zu erblicken ist, hätte es mehr entsprochen, wenn das BGB auch den Nießbrauch unter genauer Angabe der oben gezogenen Begrenzung für übertragbar erklärt hätte; es hätte dann unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß die Rechtsausübung — und damit das subjektive Recht selbst — nicht unlöslich mit der Person des ursprünglichen Rechtsträgers verknüpft zu sein braucht.

Aus dem Gesagten folgt, daß in jedem einzelnen Fall genau festgestellt werden muß, welchen Charakter die Rechtsausübung (!) nach dem Willen des Gesetzes aufweisen soll. Die Rechtsausübung ist entweder Inhaltsverwirklichung des Rechts durch den Rechtsträger selbst oder durch seinen Vertreter (gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter). Oder sie ist Rechtsausübung durch eine vom Rechtsträger verschiedene Person, der das Gesetz diese Macht zu eigenem Recht, und zwar selbständig oder unselbständig, verliehen hat. Richtunggebend ist hierfür, in wessen Interesse die Ausübung zu erfolgen hat, ob nach dem Inhalt der jeweiligen Gesetzesvorschrift der Handelnde das Recht im eigenen oder fremden oder im eigenen und zugleich im fremden Interesse auszuüben befugt ist. Hierbei ist es völlig gleichgültig, ob die Rechtsausübung im einzelnen Falle berechtigt oder unberechtigt vorgenommen wird. Auch eine unberechtigte Rechtsausübung, die für den uns besonders interessierenden Begriff des Rechtsmißbrauchs bedeutsam ist, ist Rechtsausübung[278]. Sie kann durch Zustimmung des Berechtigten, zum mindesten wenn sie eine Verfügung enthält, rechtswirksam werden (§ 185 BGB).

Einige wichtige Beispiele müssen nun die hier gegebene Grundanschauung kurz erläutern: Rechtsausübung durch Vertreter liegt vor bei der Vornahme gerichtlicher oder außergerichtlicher Handlungen des Inhabers der elterlichen Gewalt (§§ 1630, 1633, 1684), des Vormundes (§ 1793), des Pflegers (§ 1915) und derjenigen, die, wie der Nachlaßpfleger (§§ 1960 ff, 1975, 2017) als Vertreter aufzufassen sind[279], im Gegensatz zum Nachlaßverwalter. Der Nachlaßverwalter ist Partei, nicht Vertreter[280]. Ferner gehören hierher

278) Hier vermögen wir Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs S. 293 nicht zu folgen.

279) RG. Bd. 65 S. 287.

280) Aehnlich Jonas, Komm. z. ZPO, 15. Aufl. I, II vor § 50. Anders noch Hellwig, System des Zivilprozesses § 69, der die Vermögensmasse trotz mangelnder Rechtsfähigkeit für parteifähig erklärt. Als Partei kraft Amts — nicht als Vertreter — sind anzusehen: Der Testamentsvollstrecker, der Konkursverwalter — RG Bd. 66, S. 113 gegen Jäger, der Vertreterschaft des Gemeinschuldners annimmt — Zwangsverwalter und Sammelvermögenspfleger (1914).

diejenigen Personen, die zwar nicht Vertreter sind, aber die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben, wie die Vorstände der privatrechtlichen juristischen Personen (§ 26 II, 1, § 86 BGB, § 71 I Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 usw.), sowie die zur Prozeßführung berufenen Behörden bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts[281]). Rechtsausüber ist natürlich auch der Bevollmächtigte. Rechtsausübung durch eine vom Rechtsträger verschiedene Person mit der Maßgabe, daß sie das subjektive Recht im eigenen Namen und regelmäßig auch im eigenen Interesse auszuüben befugt ist, liegt in allen den Fällen vor, in denen die Prozeßrechtslehre von Prozeßstandschaft[282]) spricht. Wir erwähnen hier vor allem den Ehemann, der die Frauenrechte am eingebrachten oder Gesamtgut kraft eigenen Rechts geltend macht (§ 1380, 1525, 1550 II usw.), der Ueberweisungsgläubiger, der gemäß § 841 ZPO die Schuldnerrechte im eigenen Namen einklagt sowie den Dritten, der kraft eigenen Rechts oder auf Grund eigener Verpflichtung die Ehenichtigkeitsklage erheben kann. Aus fremdem Recht sind Prozeßstandschafter, d. h. Rechtsausübungsberechtigte, die treuhänderisch Berechtigten, der Inkassozessionar[283]), der Vollmachtsindossatar nach Wechselrecht (Art. 18 W.G.)[284]), der Verleger oder Herausgeber namenloser Urheberrechte (§ 7 I Lit. UG., § 9 II Kunst-Sch.-G.), der Popularkläger nach § 7 Gebr.Must.-Ges. und §§ 11, 21 WZG. Hierher gehören aber auch der den Prozeß fortführende Veräußerer des Streitgegenstandes nach § 65, 66 ZPO sowie der mit Ermächtigung des Zessionars klagende Zedent[285]) und der ex jure tertii (Kommittent) klagende Kommissionär[286]). Eine erschöpfende Uebersicht kann natürlich im Rahmen dieser Arbeit nicht gegeben werden[287]).

Weitere charakteristische Beispiele dafür, daß allein die Rechtsausübung Wesen und Sinn eines subjektiven Rechts zu kennzeichnen vermag, bilden im Gebiete des Privatrechts der Verkaufskommissionar, der kraft der ihm erteilten Ermächtigung das Eigentum des Kommittenten zwecks Erfüllung seiner Verpflichtung im eigenen

281) Scholz in Gruchot 47 S. 566 u.a.m.

282) Kohler Jherings Jhrb. 24, 319 (1886); Rosenberg Lehrbuch § 44 II, 2; Hellwig, System § 72. Daß auch die Prozeßführung Rechtsausübung ist, folgt aus dem bereits oben S. 54 ff. Gesagten.

283) RG. 7 S. 200.

284) Ueber den Einziehungsindossatar siehe RG. 53 S. 416.

285) Baumbach, Komm. vor § 50, 2 B.

286) RG, Höchstrichterliche Rechtsprechung Jahrg. 31 S. 1688. RG. in JW. 29 S. 1747.

287) über weitere Fälle Hellwig: System § 72 II S. 169 ff.

Namen auf den Dritten überträgt. Die Verkaufskommission ändert an sich an der dinglichen Rechtslage der zu verkaufenden Gegenstände nichts, das Eigentum verbleibt beim Kommittenten, solange der Kommissionär noch keine Eigentumsübertragung an den Dritten vorgenommen hat. Tut er dies, so vollzieht sich die Uebereignung kraft Gesetzes in Analogie zu § 185 BGB.[288]) Der Kommissionär übt also fremde Rechte kraft gesetzlicher Ermächtigung als eigene aus. Das Eigentumsrecht des Kommittenten verwirklicht hier seinen Inhalt also eindeutig in der Rechtsausübung, auch wenn dem Verkaufskommissionär die Veräußerung im maßgebenden Zeitpunkt auf Grund interner Abrede verboten war. Ferner erwähnen wir in diesem Zusammenhang den letzten Frachtführer, den bei der Ablieferung des Gutes im Interesse der Vormänner und des Absenders eine Einziehungspflicht trifft.[289]) Er hat nach Eingang des Gutes die Forderung und Nachnahme der Vormänner vom Empfänger einzuziehen und ihre Pfandrechte auszuüben, will er sich vor Schaden bewahren. In seiner Rechtsausübung verwirklichen sich also überhaupt erst die Rechte der Vormänner. Gleiches gilt vom Schiffer, der die Bodmerei- und andere Schiffsgläubiger in Ansehung ihrer Forderungen aus Schiff und Fracht befriedigt,[290]) sowie vom Ausrüster im Sinne des § 510 HGB, der die Rechte des Reeders als eigene für eigene Rechnung ausübt. Dieser gilt geradezu privatrechtlich im Verhältnis zu Dritten als Reeder und kann kraft besonderer Legitimation Fracht und Schadensersatzansprüche als eigene geltend machen. Tut er es, so verwirklicht er damit die dem Reeder zustehenden Eigentumsrechte an dem diesem zum Erwerb durch Seefahrt dienenden Schiffe (§ 484 HGB).[291]) Besonders interessant ist in der Neuzeit der Fall der sogenannten Legitimationsübertragung von Aktien geworden.[292]) Es ist anerkannt, daß der Legitimationsaktionär nicht bloß Bevollmächtigter ist, sondern ein eigenes Recht zur Ausübung der Aktionärrechte erlangt. Die sogenannte Legimationsübertragung ist also in Wahrheit Aktienrechtsausübung

---

288) Verfehlt die Auffassung, nach der der Eigentumserwerb nach § 932 ff. BGB, § 366 HGB vor sich geht. Richtig RG. 133, 196.

289) Vgl. § 441, 442 HGB.

290) §§ 696 II, 698 III HGB, § 97 Binnen Sch. Ges., § 28 Flößerei Ges.

291) Vgl. hierzu RG. 103, 280.

292) Siehe hierzu das Schrifttum bei Julius von Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 4. Aufl. 1933 § 41 S. 353 g.

durch eine vom Urrechtsträger verschiedene zweite Person.[293] Die Rechtsausübung des Legitimationsaktionärs ist eine beschränkte oder unselbständige. Die Stimmbefugnis des Vollmachtsaktionärs kann nicht weiter gehen als die des Aktieninhabers und sie steht und fällt mit dem Aktienrecht des Ermächtigenden selbst.[294]

Auch an den Fall des Pfandgläubigers ist zu erinnern, der beim Pfandverkauf bzw. bei der Veräußerung der Pfandsache nicht als Stellvertreter des Verpfänders oder Pfandeigentümers, sondern im eigenen Namen handelnd auftritt. Er, nicht jene veräußern die Pfandsache, diese Veräußerung enthält eine Verfügung über fremdes Eigentum. Indem der Pfandgläubiger es überträgt, vollzieht sich der Verwertungsvorgang des Pfandrechts und die Art der Pfandveräußerung geschieht nicht anders, wie wenn der Eigentümer selbst seine Sache veräußert. Es trifft daher nicht ganz zu, wenn von Tuhr[295] die Meinung vertritt, das der Pfandgläubiger zwar nicht beim Verkauf, wohl aber bei der Veräußerung im Namen des Eigentümers handeln könne. Richtig ist vielmehr, daß die Pfandveräußerung echte Eigentumsrechtsausübung darstellt, sodaß sich in dieser Situation der volle Wert des Eigentumsrechts in der Ausübung konzentriert.[296]

Auch soll in diesem Zusammenhange hingewiesen werden auf die Fälle echter Treuhandschaft und auf die Verfügungsermächtigung im Gegensatz zum bloßen fiduziarischen Geschäft oder Treuhandgeschäft. Im weiteren Sinne ist bei den eigentlichen Treuhandfällen die Rechtslage so, daß der Treuhänder im engeren Sinne lediglich zur Mitwirkung bei der Verwaltung fremder Rechte oder zur Verfügung über solche berufen ist. Während das Treuhandgeschäft im weiteren Sinne, das grundsätzlich mit dem fiduziarischen Geschäft gleichgesetzt werden kann, als Rechtsübertragungen betrifft, die zu einem wirtschaftlichen Zwecke erfolgen, der diese Art der Rechts-

293) Näheres gehört nicht hierher. Siehe vor allem gegen Planitz Stimmrechtsaktien 1922 S. 10 : Hachenburg Einleitung zu Düringer-Hachenburg 3. Aufl. S. 21 ff. ; Staub-Pinner : Komm. § 222 Anm. 16 ff., § 223 Anm. 17 ff. ; Brodmann, Komm. zum Aktienges. 193, 314 ; s. auch RG. 118, 331 und Baumbach, Komm. z. Aktienges. Anhang zu § 62 Note 2, der jetzt ausdrücklich bestätigt, daß die sog. Vollmachtsübertragung die Ermächtigung enthält, gewisse Rechte des Aktionärs auszuüben.

294) Siehe hierzu RG. 105 S. 291 und 142 S. 134.

295) Allgemeiner Teil II, 1 S. 377 ff.

296) So die gemeine Meinung : Planck-Brodmann, Kommentar (Sachenrecht) zu § 1233 Nr. 1 ; RGRK. zu § 1233 Nr. 1.

übertragung nicht fordert[297]), hat der eigentliche Treuhänder nach den §§ 29 ff. des Hypothekenbankgesetzes vom 13. 7. 1899 die Urkunde über die Registerhypothek sowie die Wertpapiere und das Deckungsgeld unter dem Mitverschluß der Bank zu verwahren und diese Gegenstände gemäß den Vorschriften des Gesetzes herauszugeben. Er hat zur Löschung im Hypothekenregister mitzuwirken und hat die besonderen im § 30 des Gesetzes gegebenen Kontrollrechte und -Pflichten. Mit dieser Tätigkeit übt er die Rechte der Hypothekenbank-Gläubiger als eigene aus und diese Rechtsausübung bringt die vom Hypothekenbankgesetz geregelte Sicherungsfunktion der Gläubigerrechte überhaupt erst zum Ausdruck[298]). Dagegen hat gemäß § 1189 BGB der für die Sicherungshypothekengläubiger verbriefter Forderungen (§ 1187 BGB) bestellte „Vertreter" nur die Rechte eines rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters, er ist also Bevollmächtigter, kein echter Treuhänder[299]). Er vertritt den jeweiligen Hypothekengläubiger und hat die Befugnis, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Aehnlich ist die Rechtsstellung der im § 35 ff. des Bauforderungsgesetzes vom 1. 6. 1909 erwähnten Treuhandberechtigten.

Was sodann die Ermächtigung betrifft, so kommt hier weniger die Verpflichtungs- und Prozeßführungsermächtigung als vor allem die Verfügungsermächtigung, wie sie im § 185 BGB ihre Anerkennung gefunden hat, in Frage[300]). Ermächtigung im allgemeinen ist die Befugnis, durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft auf die Rechtssphäre, insbesondere das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken. Bei der Verfügungsermächtigung besteht der Inhalt der Rechtsausübung in der im eigenen Namen vorgenommenen Verfügung über einen dem Ermächtigenden gehörigen Gegenstand. Der Ermächtigte kann eine Sache oder ein Recht des Ermächtigenden veräußern, er kann es belasten oder aufheben. Die Ermächtigung ist ein Anwendungsfall der Einwilligung wie sie in

297) Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey I § 139 II mit Schrifttum.

298) Vgl. hierzu Hellwig, Svstem a.a.O. S. 169 Nr. 6, ferner Enneccerus (Nipperdey) a. a. O. S. 364, Anm. 10.

299) So die bei weitem überwiegende Mehrheit des Schrifttums sowie die Praxis, Vgl. Planck-Brodmann zu § 1189 Nr. 2 RGRK. zu § 1189, No. 1.

300) Irrig wiederum von Tuhr II, 2 S. 216, der bei Verfügungen über Forderungen und Grundbuchrechte nur Vertretung für zulässig hält. Gegen ihn die herrschende Meinung.

den §§ 183, 182, 185 BGB Verwendung gefunden hat. Wer im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügt, bedarf gemäß § 185 der Zustimmung des Berechtigten, weil in seiner Rechtsausübung die Inhaltsverwirklichung des Rechts des Zustimmenden zu erblicken ist. Erst die Funktion des Rechts zeigt uns ganz seinen Inhalt auf, in der Ausübung gelangt es zu wahrem Leben. Deshalb ist auch zur Schuldübernahme die Gläubigerzustimmung erforderlich (§ 415 ff.), denn sie enthält die Verfügung eines Nichtberechtigten über die Forderung des Gläubigers. Im Gebiete des Sonderprivatrechts ist der vielleicht hervorstechendste Fall einer praevalenten Ausübungsberechtigung das Jagdausübungsrecht gemäß Reichsjagdgesetz vom 3. 7. 1934 in seinen verschiedenen Formen als Jagdpacht, Mitpacht, Weiterpacht, Unterpacht oder schließlich als Jagderlaubnis[301]).

Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß die Fälle der Rechtsausübung zu scheiden sind zunächst in solche, in denen der Gesetzgeber die Rechtsausübung verselbständigt hat, sodaß nur der Ausübungsberechtigte, nicht der Rechtsträger zu handeln befugt ist. Hierher gehören das Jagdausübungsrecht des Jagdpächters, der Vollmachtsindossatar, der Kommissionär, der Nachlaßverwalter, Verleger, Schiffer, der Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes usw. Im Gegensatz hierzu stehen diejenigen Fälle, in denen die Rechtsausübungsberechtigung unselbständigen Charakter aufweist, weil der Rechtsinhaber berechtigt bleibt, auf die Ausübungsberechtigung einzuwirken, sie einzuschränken oder gar aufzuheben. Hierher gehören vor allem der Fall der Uebertragung des Nießbrauchs der Ausübung nach auf einen Dritten, ferner der Legitimationär, der zur Führung fremden Namens Ermächtigte, der Pfandgläubiger, die gewöhnliche Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB) und die meisten Fälle der Prozeßstandschaft.

---

301) Vgl. hierzu Schnur: Die Rechtsnatur des Jagdausübungsrechts nach heutigem Recht und seine Bedeutung für den Jagdpachtvertrag, Diss. 1936 S. 45, der den Nachweis erbracht hat, daß das Jagdausübungsrecht nach § 3 RJG. das im Jagdrecht enthaltene funktionelle Element des Eigentumsrechts des Trägers des Jagdrechts ist, gleichgültig, ob es vom Jagdberechtigten selbst, vom Pächter oder von anderen jagdrechtlich befugten Personen ausgeübt wird. Der Gesetzgeber habe, so weist Schnur nach, die Ausübungsberechtigung bald stärker, bald schwächer ausgestaltet je nach Rechtsstellung der Personen, die zur Ausübung des Jagdrechts befugt seien. „Aber der Sinngehalt der Berechtigung, das Wesentliche der Befugnis bleibt sich stets gleich. Jede Jagdausübung ist, funktionell betrachtet, letztlich immer nur wieder Eigentumsverwirklichung an Grund und Boden" (S. 46). Einzelheiten gehören nicht hierher. Vgl. auch insbes. Schnur a. a. O. S. 46–49. Der Mißbrauch des Jagdausübungsrechts wird in § 48 II RJG. ausdrücklich geahndet.

Endlich gibt es auch Fälle, in denen die Rechtsausübung ausschließlich dem Träger des Rechts vorbehalten ist, d. h. wo man in landläufigem Sinne von höchstpersönlichen Rechten spricht, deren Inhaltsverwirklichung sich ausschließlich durch die Person des Rechtsinhabers oder einen Bevollmächtigten selbst vollzieht, sofern nicht besondere Ausnahmen ausdrücklich zugelassen sind. Es sind dies: Das Aussteuerrecht der Tochter[302], der unübertragbare Anspruch der unbescholtenen Verlobten aus § 1300 BGB, sofern er nicht durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist und die Mitgliedschaft an einem rechtsfähigen Verein (§ 38 BGB)[303]. Die Natur des Mitgliedschaftsrechts und die dazu aufgestellten Lehren sind hier nicht zu behandeln. Nur Folgendes ist zu beachten: Allerdings kann durch die Satzung oder beim konzessionierten Verein durch Landesgesetz die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft bestimmt werden. Strukturell ist aber u. E. das Mitgliedschaftsrecht nicht einmal der Ausübung nach übertragbar, es kann vielleicht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden, sofern nicht auch dies wegen der Eigenart der konkreten Befugnis ausgeschlossen ist. Die „satzungsgemäße" Uebertragung der Mitgliedschaft auf einen anderen ist in Wahrheit nicht derivativer Rechtserwerb, also Rechtsübergang, sondern Erlöschen der Mitgliedschaft des bisherigen Inhabers bei gleichzeitigem Entstehen einer neuen Mitgliedschaft in der Person des neuen Mitglieds[304].

Ferner mag noch in diesem Zusammenhange erinnert werden an das Vorkaufsrecht[305], an den Nichtvermögensschadensersatzanspruch nach § 847 BGB[306], an das Verwaltungs- und Nutznies-

---

302) § 1613 BGB, der als höchstpersönlicher Anspruch nicht übertragbar und auch nicht pfändbar ist — § 851 Abs. 1 ZPO. Daran ändert nichts, daß der Ehemann gemäß §§ 1380, 1439, 1525 Abs. 2 BGB. den Aussteueranspruch der Frau geltend machen kann. Darin ist keine Ausübungsberechtigung analog dem Nießbrauch i. S. des § 1059 Satz 2 BGB zu erblicken.

303) Sie stellt sich mit Rücksicht auf die in der personellen Gebundenheit liegende Verantwortung als ein höchstpersönliches Recht dar, derart, daß auch seine Ausübung nicht einem anderen überlassen werden kann. Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey I § 105 II u. III; ferner Schrifttum und Kommentare. Siehe allerdings auch von Tuhr I S. 220. Im Grunde besagt aber § 38 BGB das Gegenteil.

304) Vgl. von Thur I S. 219 ff., der die Mitgliedschaft für dispositiv übertragbar erklärt.

305) Die bei der Begründung des Vorkaufsrechts getroffene Bestimmung trifft die Entscheidung hinsichtlich der Uebertragbarkeit. Planck Komm. zum § 514 BGB.

306) Er hat rein persönlichen Charakter entsprechend dem Anspruch aus § 1300 BGB.

sungsrecht des Ehemanns bzw. Vaters, das nach §§ 1408, 1658 unübertragbar ist[307]), sowie an das Gebrauchsrecht des Mieters und Pächters (§ 549 und § 581 BGB), das jedenfalls ohne Erlaubnis des Vermieters nicht auf einen Dritten übertragen werden darf[308]). Weitere Fälle brauchen in diesem Zusammenhange nicht mehr erörtert zu werden[309]).

Zusammenfassend muß als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung festgestellt werden, daß der praktische Sinn des subjektiven Rechts stets nur in der Rechtsausübung als der lebendigen Rechtsverwirklichung im Gesamtbereich unseres Rechts erblickt werden kann, mag diese Rechtsausübung personell gebunden, mag sie gelockert, mag sie allgemein auf Dritte im eigenen oder fremden Interesse übertragbar sein, ein Ergebnis, das mit dem übereinstimmt, was wir über Statik und Dynamik im Rechtsleben ausführten. Die werttragende Ausübung der Privatrechte ruht im Verwalten und Nutzen dieser Rechte durch die jeweils berufene Person und in der zweckbestimmten Verwendung der Lebensgüter innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung. Das bedeutet aber eine Anerkennung und folgerichtige Durchführung des dynamischen Rechtsdenkens, wonach nicht das Haben eines Rechts entscheidet, sondern seine Ausnutzung entsprechend den Zielen und Zwecken unserer rechtlich geregelten Lebens- und Güterordnung. Diese Denkweisen gehören also innerlich zusammen und bewegen sich in gleicher Richtung. Daß dies aber nur möglich ist, wenn man das neue Rechtsdenken neuzeitlich, also weltanschaulich, auffaßt, wie dies hier entwickelt worden ist, bedarf keines weiteren Beweises.

307) Richtiger Ansicht nach kann hier — analog dem Nießbrauch — die Ausübung dieses Rechts z. B. durch Vermietung oder Verpachtung anderen überlassen werden. Der Ehemann kann auch einzelne Ansprüche wie etwa künftige Mietszinsen abtreten (OLG. 13, 371). Entsprechend siehe auch §§ 1427 Abs. 2 letzter Satz, 1585 und 1658. Daß die Nutznießung des Vaters (bzw. der Mutter) der Ausübung nach entgeltlich oder unentgeltlich einem anderen überlassen werden kann, wird entsprechend § 1059 Satz 2 allgemein angenommen; vgl. RGRK zu § 1059 Anm. 1; Endemann Bd. 1 S. 544 Anm. 38.

308) Hier liegt richtiger Ansicht nach wohl keine strukturelle Unzulässigkeit der Gebrauchsüberlassung an andere vor, sondern nur eine dispositiv schuldrechtliche Unübertragbarkeit. Vgl. § 549 Abs. 2 BGB und Komm. u. Lehrb. zu § 549, § 581 BGB.

309) S. noch §§ 613, 664, 717; vgl. auch §§ 399, 400 BGB i. Verb. mit § 851 ZPO.

### d) Rechtsausübung und Rechtsmißbrauch.

Der Begriff der Rechtsausübung führt nun zwangsläufig hinüber zum Begriff des Rechtsmißbrauchs. Stellt sich doch der Rechtsmißbrauch als mißbräuchliche Rechtsausübung dar. Es bedarf keiner besonderen juristischen Konstruktion, um das Verbot eines Rechtsmißbrauchs dogmatisch zu begründen. Denn wenn nach dem Ergebnis des vorigen Abschnitts der Sinngehalt jedes Rechts in der Rechtsausübung zu erblicken ist, so erscheint die mißbräuchliche Rechtsausübung als Negation der Ordnung subjektiver Privatrechte. Sie erscheint auch zugleich als Verletzung der allgemeinen Sitten- und Lebensordnung, unter der die Gemeinschaft steht, da nach heutiger Auffassung Rechts- und Moralordnung keine grundsätzlichen Gegensätze mehr darstellen. Sitten- und moralwidriges Tun erscheint der Gegenwart grundsätzlich gleichermaßen als rechtswidriges Tun[310]. Das Verbot eines Rechtsmißbrauchs umfaßt daher in gleicher Weise rechtswidriges wie moralwidriges menschliches Verhalten. Es gilt heute mehr als früher das rücksichtslose Postulat der Berücksichtigung von Sitte und Anstand im Rechtsleben[311]. Kann demnach der Nachweis erbracht werden, daß das Wesen der Verwirkung in nichts anderem als in einem rechtsmißbräuchlichen Verhalten zu erblicken ist, so ist damit auch der Weg gewiesen, wie und wo sie systematisch einzuordnen ist. Denn für die systematische Einordnung der Verwirkung ist ja die Frage entscheidend, wohin sie in der Ordnung unserer Rechte wesensmäßig gehört, anders ausgedrückt: Wodurch sie sich von ähnlichen Gebilden unterscheidet. In gleicher Richtung bewegt sich die Frage, ob die Verwirkung ein lebensnotwendiges Gebilde ist, was uns die Untersuchung aufzwingt, ob und welche Lücke die Verwirkung im System ausfüllt. Dabei darf hier schon gemäß der feststehenden Uebung unserer Gerichte und gemäß der herrschenden Lehre im Schrifttum eine Begriffsbe-

310) Einzelheiten führen zu weit. Vgl. aus dem reichhaltigen Schrifttum zu dieser Frage u. a.: Eckhardt, Recht und Pflicht in Dt.R.W. 1936 Bd. I Heft I S. 11, 14; — Derselbe, Richteramt in Dt.R.W. 1936, Bd. I, Heft 2, S. 128, 131; Stoll, Vertrag und Unrecht in Grundr. d. Deutschen Rechts, herausg. v. Stoll u. Lange, 1. Halbbd. 1936 S. 66 III u. S. 105 und 2. Halbbd. 1936 S. 213; — Larenz, Gemeinschaft und Rechtsstellung in Dt.R.W. 1936 Bd. I, Heft 1, S. 31ff., S. 38, Lange, Nationalsozialismus und bürgerl. Recht in Hans Frank Nat. Soz. Hdb. f. Recht u. Geetzgebung 1933, S. 935, 936; — Derselbe in Frank: Nat. soz. Hdb. S. 934. — Denselben Grundsatz entwickelt auch R.G. Bd. 142 S. 76. Beachte endlich auch den Ausspruch des Führers auf dem Leipziger Juristentag 1933: „Von nun an gibt es keinen Unterschied mehr zwischen Recht und Moral".

311) Michaelis, Wandlungen S. 59.

stimmung der Verwirkung gegeben werden, deren wir bedürfen, um die aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Im Sinne der heute als richtig erkannten Lehre bezeichnen wir als Verwirkung den Rechtsverlust der Ausübungsbefugnis eines Rechts wegen mißbräuchlicher – illoyaler –, treuwidriger oder für den Gegner unzumutbarer Verspätung. Wir behandeln also die Verwirkung als einen besonderen Fall des Ausübungsverlustes[312]). Bevor aber die tiefere Bedeutung dieser Erkenntnis erfaßt und die Beantwortung der angeregten Fragen erfolgen kann, müssen zunächst einmal die an die Verwirkung angrenzenden Rechtsinstitute behandelt werden, da erst so überhaupt festgestellt werden kann, ob eine Lücke im Rechtssystem besteht, die es auszufüllen gilt. Wir haben daher in Folgendem zunächst die Begriffe: Verschweigung, Verjährung, Ausschlußfrist, Verzicht, Ersitzung, Verarbeitung und was sonst noch im Schrifttum in diesem Zusammenhange erörtert worden ist, daraufhin zu überprüfen, inwieweit es sich bei ihnen um etwas von der Verwirkung Verschiedenes und anders Geartetes handelt, damit dann für die Verwirkung die richtige Position im Recht gefunden werden kann.

### 3. Die Abgrenzung der Verwirkung gegenüber anderweiten Gebilden.

#### a) Verschweigung.

Bereits im geschichtlichen Teil unserer Abhandlung war als Kerngedanke der altdeutschen Verschweigung der Umstand gekennzeichnet worden, daß Prozesse oder prozeßähnliche Verfahren vorliegen mußten, in denen in feierlicher Weise die Beteiligten öffentlich aufgefordert wurden, binnen einer bestimmten Frist Rechte oder Ansprüche geltend zu machen oder bestehende Zustände anzufechten um sich vor Schaden zu bewahren oder einen Rechtsverlust zu vermeiden. Der drohende Rechtsverlust wurde in den meisten Fällen gerichtlich ausdrücklich in Aussicht gestellt. Wer sich dann nicht rechtzeitig[313]) meldete, verschwieg sich, sofern nicht der Ausnahmefall echter Not vorlag. Wesentlich war diesem Rechtsgebilde also das irgendwie zum Ausdruck gelangende Aufgebot, das direkt oder indirekt den Hinweis auf den Eintritt möglichen Rechtsver-

312) Genaues hierüber s. unten unter III. 4. d) Konstruktives Recht.
313) Regelmäßig binnen Jahr und Tag, s. oben S. 9.

lustes enthielt[314]). Es ist daher absolut irrig zu glauben, daß Schweigen allein zur Verschweigung führte. Besonders ist bereits oben darauf hingewiesen worden, daß nach mittelalterlichem Denken die Aufgabe der deutsch-rechtlichen Verschweigung in dem Erlangen der rechten Gewere durch den Erwerber zu erblicken ist. Im Verfolg dieser Feststellung hat besonders Endemann[315]) die Auffassung vertreten, daß die Verwirkung kein selbständiges Rechtsgebilde, vielmehr nichts anderes als ein Anwendungsfall der deutsch-rechtlichen Verschweigung sei. Diese Lehre hat bei einigen Schriftstellern[316]) Beifall gefunden, sie muß aber abgelehnt werden. Wenn Endemann sagt, die Verwirkung sei ein Fall der Verschweigung und als Beleg für seine Meinung die Vorschriften des § 28 Abs. 3 (§ 10 Nr. 1) des früheren Patentgesetzes vom 7. April 1891 (heute § 37 III i. V. m. § 13 Nr. 1 des Patentgesetzes vom 5. Mai 1936), der §§ 1974 (1973) BGB und 37 Nr. 4 (§ 110) ZVG anführt, so irrt er, da diese Vorschriften für unser Problem bedeutungslos sind. § 28 Abs. 3 Pat. Ges. v. 1891 enthält auch nicht einmal andeutungsweise einen Hinweis auf eine dem Aufgebot gleichwertige Aufforderung zur Wahrung der Rechte der Beteiligten, denn es wird in der erwähnten Vorschrift lediglich bestimmt, daß im Falle des § 10 Nr. 1 des früheren Patentgesetzes der Antrag auf Einleitung des Nichtigkeitsverfahrens oder auf Zurücknahme des Patentes nach Ablauf von 5 Jahren vom Tage der patentamtlichen Bekanntmachung unstatthaft d. h. ausgeschlossen sein soll. Es handelt sich hierbei also unzweideutig um das Vorliegen einer Ausschlußfrist, deren Wirkung auch ohne Rücksicht auf das subjektive Verhalten des Patentinhabers eintritt.[317]) Der Antragsberechtigte hat es einfach unterlassen, während bestimmter gesetzlicher Frist von seinen Rechten Gebrauch zu machen. Das Wesen der Verschweigung aber ist nicht Rechtsverlust durch bloßen Zeitablauf, sondern Untätigkeit gegenüber einem Aufgebot oder einer öffentlichen Aufforderung, was hier nicht vorliegt. Liegt aber keine Ver-

314) Vgl. hierzu Sonntag, Gibt es eine Verschweigung des Aufwertungsanspruches? in DJZ. 1928 S. 868; Krause, Schweigen im Rechtsverkehr 1933, S. 172 und 176.

315) Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs in DJZ. 1938 S. 694. Derselbe in Hwb. d. R.W. Bd. 6, S. 635.

316) Hier sind vor allem zu erwähnen: Krause a. a. O. S. 176 ff., siehe auch S. 215; ferner derselbe, Verwirkung in DJZ. 1934 S. 1512; Ruth in JW. 1935, S. 227; Klausing ebenda S. 1842. Vgl. auch noch Wolff-Williger in J.W. 1933 S. 1267; Ulmer S. 78; Bechert in JW 1933 S. 2310; König in DJZ 1936 S. 512 ff.

317) Lutter, Komm. z. Patentges. vom 7. 4. 1891 Berlin 1908 S. 187.

schweigung vor, so kann selbst bei grundsätzlicher Anerkennung der Endemann'schen Ansicht in diesem Fall von Verwirkung keine Rede sein. In den beiden anderen von Endemann angeführten Gesetzesstellen kann man allerdings einen Fall deutschrechtlicher Verschweigung erblicken.[318]) Denn wie sich schon aus der Fassung des § 1974 BGB ergibt, regelt er das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und den Forderungsverlust bei Ablauf der im Gesetz vorgeschriebenen fünfjährigen Frist. Hier findet sich also gerade die Verknüpfung der verspäteten Geltendmachung von Nachlaßforderungen mit dem die Verschweigung des deutschen Rechts kennzeichnenden Aufgebot. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß sich § 1974 BGB dem gemeinen Recht anschließt[319]). Aber was will dies für die allgemeine Verwirkung besagen, wenn wir behaupten, daß dieses durch die Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut eine Systemlücke ausfüllt, die nicht bereits durch die Verschweigung gedeckt wird, und daß dem Inhalt nach die Verwirkung, wie wir sie in der vorliegenden Abhandlung auffassen, durch die besondere Art illoyalen und treuwidrigen Verhaltens eines bestimmten Rechtsinhabers gekennzeichnet wird? Wie bereits oben Seite 11 ff. angedeutet wurde, kann man natürlich auch Fälle wie sie der § 1974 BGB. enthält, als Verwirkungsfälle bezeichnen, wenn man diesen Begriff untechnisch, als nicht durch eine bestimmte Art menschlichen Verhaltens gekennzeichnet, auffaßt. In diesem Sinne wäre Verwirkung Rechtsverlust kraft Gesetz. Mit der Verwirkung im eigentlichen Sinne wie sie von Rechtsprechung und Rechtslehre in einem ganz bestimmt gemeinten Sinne heute entwickelt worden ist, hat dieser Endemann'sche Fall nichts zu tun. In gleicher Weise ist auch die dritte von Endemann angeführte Gesetzesstelle (§ 37 Nr. 4 ZVG) zu beurteilen, die zweifellos alle Eigentümlichkeiten der altdeutschen Verschweigung aufweist, wie ja überhaupt nach gemeiner Meinung[320]) das ganze Zwangsversteigerungsverfahren auf deutschrechtlichen Gedankengängen beruht. Denn der Sache nach ist es völlig gleichgültig, ob die Verschweigung zu völligem Rechtsverlust

318) Anderer Ansicht Tschisgale S. 46, 47, unseres Erachtens mit unzureichenden Gründen.

319) Worauf Endemann, Erbrecht § 96 S. 421 selbst hinweist.

320) Es will auch u. E. nichts bedeuten, daß im altdeutschen Recht sein Recht verliert, wer sich verschweigt, während der, der die Anmeldefrist des § 37 Nr. 4 ZVG versäumt, nur den übrigen Rechten nachgesetzt wird. (Hierin sieht gerade Tschisgale S. 47 das entscheidende Argument gegen Endemann, u. E. zu Unrecht).

oder nach den besonderen Zwecken, die der Gesetzgeber im Einzelfalle verfolgt, nur zur Rechtsbeschränkung oder zu einer nachteiligen Rangstellung des Berechtigten führt. Entscheidend ist vielmehr für die Erkenntnis, daß es sich hier auch um keine echte Verwirkung handelt, das, was oben zum § 1974 gesagt worden ist: Der Rechtsverlust tritt nicht auf Grund treuwidriger illoyaler Verspätung der Geltendmachung des Rechts ein, was bei unserer Verwirkung das entscheidende ist. Sollte also selbst unser geltendes Recht deutschrechtliche Verschweigungsfälle als Niederschlag eines einheitlichen Rechtsdenkens enthalten[321], so kann dies niemals als Argument für die Behauptung angeführt werden, daß die hier behandelte Verwirkung ein Fall deutschrechtlicher Verschweigung sei[322]. Auch die Rechtssprechung hat eine dahingehende Ansicht niemals geäußert[323].

### b) Verjährung.

Die bisherigen Untersuchungen führen zur Anspruchsverjährung. Stellt sich die Verwirkung — so haben wir zu fragen — als ein besonderer Fall einer Anspruchsverjährung dar? Dies ist zu verneinen und wie folgt zu begründen:

Die Anspruchsverjährung des BGB ist ein rechtstechnisches Institut, das aus Gründen der Rechtssicherheit an den Ablauf bestimmter Fristen die Unzulässigkeit der Geltendmachung des Anspruchs durch Klage, Einrede oder Aufrechnung knüpft. Sie ist also keine Ausschlußfrist, mit deren Ablauf das Recht erlischt, sie ist keine Rechtsverjährung, weil sie sich lediglich auf Ansprüche bezieht, sie ist mehr als die unvordenkliche Verjährung, die lediglich

321) Die Verwertung der Verschweigung für unser Recht bestreiten sehr entschieden: Sontag, Gibt es eine Verschweigung des Aufwertungsanspruchs? in DJZ. 1928 S. 869, und Staudinger-Werner, Komm. z. BGB. II/1 1930 S. 556, VI mit dem Hinweis darauf, daß die deutschrechtliche Verschweigung infolge der Rezeption des römischen Rechts verschwunden und durch die römischrechtliche Verjährung ersetzt worden sei. Jeder Anspruch sei nunmehr grundsätzlich der Verjährung, nicht mehr der Verschweigung unterworfen. Sie folgern hieraus für die Gegenwart, daß wegen der Ausnahmenatur gewisser Bestimmungen der einmal verschwundene Rechtsgedanke der Verschweigung niemals mehr als Grundlage für eine allgemeine Rechtsanwendung in Frage komme. Diese Auffassung geht u. E. fehl, wie sich schon daraus ergibt, daß nach richtiger Lehre die Tabularersitzung (§ 900 BGB) ebenso wie die Kontratabularersitzung (§ 927 BGB) als reine Anwendungsfälle der deutschrechtlichen Verschweigung anerkannt werden (Vgl. hierzu Enneccerus III. Sachenrecht, 1929 § 49 u. § 62). Die Widerlegung Endemanns ist daher auf die angegebene Weise nicht möglich.

322) Die grundsätzlich fehlerhafte Einstellung Tschischgale's zur dogmatisch konstruktiven Seite der Verwirkung zeigt sich bereits in seiner fehlerhaften Fragestellung a.a.O. S. 45, vgl. auch S. 47. — Irrig auch Krause in DJZ 1935 S. 1517.

323) Vgl. hierzu RG. Bd. 116, S. 316 ff.

eine Rechtsvermutung für das Entstehen oder Vergehen eines Rechts, niemals aber eine Rechtsausübungshemmung, wie die Verjährung selbst, darstellt[324]). Die Verwirkung, wie wir sie hier vor Augen haben, hat aber mit Rechtstechnik und allgemeinen Rechtssicherheitserwägungen, wie sie bei der Verjährung am Platze sind[325]), nichts zu tun. Sie trifft den Fall, daß ein bestimmtes Verhalten eines Rechtsträgers auf Grund bestimmter Verwertung dieses Verhaltens zum Verlust des ihm zustehenden Rechtsausübungsrechts führt, wobei in diesem Zusammenhange auf die Einzelheiten der Elemente der Verwirkung nicht eingegangen zu werden braucht.[326]) Auch ist die Verwirkung viel umfassender als die Verjährung, denn sie trifft auch Herrschafts- und Gestaltungsrechte,[327]) sodaß sich schon aus diesem Grunde die Gleichstellung beider Institute verbietet. Nur das Zeitmoment gibt Anlaß zu einer gewissen Vergleichung beider Einrichtungen. In beiden Fällen unterläßt jemand während bestimmter Zeit die Geltendmachung eines ihm zustehenden Rechts und in beiden Fällen beginnt diese Frist im Zeitpunkt der Fälligkeit des Rechts oder seiner Ausübungsmöglichkeit zu laufen. Auch das Verhalten beider Parteien ähnelt sich in beiden Fällen insoweit, als weder Verschulden vorausgesetzt wird, noch ein Anerkenntnis des Rechts vorliegen darf. (Vgl. § 208 BGB.). Nach dem oben Gesagten reicht dies aber nicht aus, um zwischen beiden Instituten eine dogmatische Verbindung oder Gleichstellung zu erreichen, da sie innerlich wesensverschieden sind.[328])

### c) Die Ausschlußfrist.

Ausschlußfristen sind gesetzliche Befristungen, die bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes zur Rechtsbeschränkung oder zum Rechtsverlust führen. Sie zeitigen diesen Erfolg um des Fristablaufs willen von selbst. Der Gesetzgeber verfolgt den Zweck, daß, von anderen Elementen völlig abgesehen, lediglich um der zeitgebundenen Rechtslage willen der Zeitablauf rechtsvernichtend wirkt.[329]) Während die Verjährung sich nur auf Ansprüche, nie-

324) Vgl. zu dem Ganzen Enneccerus-Nipperdey § 210 und § 211, ferner Endemann I § 92 S. 553; Henle, Allg. Teil § 53 S. 373.

325) Siehe Enneccerus (Nipperdey) a.a.O. § 211, I, RG. 106, 84, 120, 358.

326) S. unten unter IV. 1.

327) RG in JW 1935 S. 2491 und die gem. Meinung.

328) Siebert in Hdwb. d. R.W. Bd. VIII; s.auch unten unt. III.d) und V., wo der Nachweis geführt wird, daß die Verwirkung nicht wie die Verjährunp – s. § 222 BGB – im Wege der Einrede geltend gemacht wird.

329) Grawein: Verjährung und gesetzliche Befristung 1880; siehe ferner Ruth: Arch. f. ziv. Pr. 101 S. 425 ff.

mals auf Herrschaftsrechte und Gestaltungsrechte bezieht, kommen Ausschlußfristen nicht nur bei Ansprüchen (z. B. § 561 Abs. 2, § 864 BGB) sondern bei sämtlichen Rechten, vor allem bei Gestaltungsrechten zur Anwendung.[330]) Der Unterschied zur Verjährung zeigt sich vor allem in der Wirkung: Mit Ablauf der Ausschlußfrist ist das im Einzelfalle in Frage stehende Recht erloschen, während der Verjährungsablauf nur ein Einrederecht erzeugt,[331]) weshalb die gesetzliche Befristung stets von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich die Unvereinbarkeit unserer Verwirkung mit dem Institut der gesetzlichen Befristung, denn ihr Wesen ist im Zeitmoment als solchem zu erblicken, weil der Gesetzgeber aus Ordnungsgründen und Gesichtspunkten der Klarstellung von durch die Zeit verdunkelten Verhältnissen eine absolut unangreifbare und unbestreitbare Rechtsregelung für erforderlich hält. Die Verwirkung liegt aber auf einer ganz anderen Ebene. Der Beklagte, der sich auf Verwirkung beruft, hat, wie wir namentlich aus den einschlägigen Urteilen der höchsten Gerichtshöfe wissen, in erster Linie darzulegen, daß bis zur Geltendmachung des Rechts durch den Berechtigten eine Frist verstrichen ist, nach deren Ablauf er mit seiner Inanspruchnahme nicht mehr zu rechnen brauchte. Ferner ergeben die zutreffenden Aeußerungen in Praxis und Lehre, daß die Verwirkung gerade dann durchgreifen soll, wenn der sich auf sie Berufende dartut, daß er wirtschaftliche Maßnahmen in der Zwischenzeit getroffen hat, die durch die jetzige Geltendmachung des Rechts seitens des Berechtigten erheblich gestört, wenn nicht gar vereitelt werden.[332]) Es ist also die Rüge illoyalen und treuwidrigen Verhaltens des Gegners, die die Verwirkung institutionell kennzeichnet. Davon kann aber in allen Fällen der gesetzlichen Befristung keine Rede sein. Ein Vergleich zwischen Verwirkung und Ausschlußfrist ist auch nur deshalb bedeutsam geworden, weil im Schrifttum Stimmen laut geworden sind, nach denen die Verwirkung als „die von aller Starrheit befreite Ausschlußfrist" be-

330) Vgl. z. B. §§ 121, 124, 532, 503, 510 II, 1098, 1339, 2082, 2340 III u.a.m. — Daß bei den sog. gemischten Ausschlußfristen einzelne für die Verjährung zur Anwendung gelangende Hemmungsgründe gelten, wie z.B. die §§ 210, 277 BGB u.a.m., vorschreiben, oder daß, wie im § 802 BGB besondere Hemmungsgründe durchgreifen, will demgegenüber nichts besagen.

331) Siehe bereits RG 48, 163; ferner § 222 BGB und Kommentare.

332) Diese Gesichtspunkte erscheinen in Lehre und Praxis als die für die Verwirkung durchgängig maßgeblichen Gründe ihrer Anerkennung. Vgl. hierzu Erdmann S. 19 und unsere späteren Ausführungen.

zeichnet werden müssen.[333]) Die im Text gegebene Formel führt zurück auf Heinemann.[334]) Diese Auffassung ist aber schon deshalb abwegig, weil ja das Wesen der Ausschlußfrist gerade in der vom Gesetzgeber gewünschten Starrheit liegt, und daran ändert sich auch nichts für den Fall, in dem der Gesetzgeber ausnahmsweise ein bestimmt geartetes Verhalten des von der Ausschlußfrist betroffenen Berechtigten verlangt, will er sich die Geltendmachung eines Rechts erhalten. Es ist dies die Vorschrift des § 121 BGB, derzufolge für den Anfechtungsberechtigten in den Fällen der §§ 119, 120 BGB bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verzögern der Anfechtung die Geltendmachung seines Rechts infolge schuldhaften Verhaltens ausgeschlossen wird.[335]) Dieser Fall scheint unserer Verwirkung etwas zu ähneln, weil es ja auch hier für die Endigung des Rechts auf das Verhalten des Berechtigten ankommt: Der Anfechtungsberechtigte verwirkt gewissermaßen sein Recht, wenn er nicht pflichtgemäß so schnell wie ihm dies zugemutet werden kann, vom Anfechtungsrecht Gebrauch macht. In Wahrheit hat aber auch dieser Fall mit unserer Verwirkung nichts zu tun. Denn, wie dargetan wurde, ist für die Verwirkung außer dem Zeitablauf das Verhalten beider Parteien entscheidend, nicht nur das pflichtgemäße oder pflichtwidrige Verhalten des Rechtsträgers, und mit besonderem Akzent ist für alle Fälle der allgemeinen Verwirkung darauf hinzuweisen, daß erst auf Grund der in der Zwischenzeit vom Gegner getroffenen wirtschaftlichen Maßnahmen das nunmehrige Vorgehen des Berechtigten als illoyal und treuwidrig erscheint. Es schaffen gewissermaßen die während der Rechtsverzögerung fortentwickelten Wirtschaftszustände und das Fortschreiten der wirtschaftlichen Entwicklung des Gegners den Anlaß, die Rechtsausübung nunmehr als nicht mehr gerechtfertigt und tragbar erscheinen zu lassen. Diese Gesichtspunkte liegen aber im Falle des § 121 BGB überhaupt nicht vor,[336]) dessen einziger Berührungspunkt mit der Verwirkung, wenn überhaupt, in der Unzumutbarkeit verspäteter Rechtsausübung gesehen werden kann. Es steht daher nichts im Wege, den § 121 derjenigen Fälle

333) Vgl. hierzu Overbeck S. 38; Siebert, Verwirkung S. 4.

334) Die Verwirkung im öffentlichen Recht usw. S. 671, und derselbe in Leipz. Ztschr. 1928 S. 939.

335) Die Judikatur verlangt ein nach den Umständen zu bemessendes beschleunigtes Handeln oder eine bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unabwendbare Verzögerung. RG Bd. 124, S. 115.

336) Noch weniger gilt dies in den Fällen, wo ausnahmsweise gewisse Hindernisse für eine rechtzeitige Geltendmachung berücksichtigt werden. Vgl. § 802 und § 1002 BGB.

zuzuzählen, die wir oben — Seite 11 ff. — als gesetzlich geregelte Rechtsverwirkungen im weiteren uneigentlichen Sinne bezeichnet haben. Hinzu kommt noch ein durchschlagender Gesichtspunkt: Mit Ablauf der Anfechtungsfrist erlischt das Gestaltungsrecht definitiv, mit Ablauf der Verwirkungsfrist geht nicht das Gläubigerrecht als solches, sondern nur das Ausübungsrecht verloren.[337])

In gleicher Richtung hat sich die Kritik zu der von Mügel[338]) vertretenen Ansicht zu äußern, wonach § 16 des Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925 Beweis dafür sein soll, daß die Verwirkung nichts anderes als eine Rechtsausschließung darstellt. Es ist oben gezeigt worden, wie gerade im Rechtsgebiet der freien Aufwertung auf Grund zielbewußter planmäßiger Rechtspraxis die allgemeine Verwirkung als geschlossener Begriff herausgearbeitet worden ist. Im Gegensatz zur freien Aufwertung und der Regelung des § 63 Aufw.Ges. enthält § 16 für die Geltendmachung von Hypothekenaufwertungen eine Ausschlußfrist. Daß nun die allgemeine Verwirkung im Gebiete der freien Aufwertung mit der gesetzlichen Befristung des § 16 Aufw.Ges. nichts zu tun hat, ergibt sich schon daraus, daß fristgerecht angemeldete Ansprüche auf Hypothekenaufwertung nach dieser gleichen Bestimmung verwirkt werden können, sodaß der Gesetzgeber expressis verbis neben der Ausschlußfrist der Hypothekenaufwertungsansprüche auch noch eine gesetzliche Verwirkung solcher Ansprüche kennt. Schon hieraus ergibt sich die Gegensätzlichkeit beider Institute. Rechtsverwirkung kraft Gesetzes und allgemeine Verwirkung wegen illoyaler Verspätung sind zweierlei Rechtserscheinungen. Daß es sich hierbei aber nicht nur um eine Besonderheit des Aufwertungsrechts, sondern um einen allgemein anzuerkennenden begrifflichen Gegensatz handelt, wird heute allgemein anerkannt, nachdem die Lehre, derzufolge die ganze Aufwertung als außerordentlicher Rechtsbehelf aufzufassen ist, schlechtweg Ablehnung gefunden hat[339]). Mit Recht weist man außerdem darauf hin, daß alle Ansprüche der freien und der gemäß dem Aufw.Ges. erfolgenden Aufwertung nicht anders als der ursprüngliche Anspruch der Verjährung unterworfen sind[340]). Schließen sich aber Verjährung und Ausschlußfrist begrifflich aus, so folge daraus, daß die in den angegebenen Fällen eintretende Rechtsver-

337) s. unten unter III d)

338) In JW 1933 S. 65 (Bayr. OLG. Entsch. v. 13. 10. 1932). Ebenso Citron in JW 1933 S. 1040.

339) Vgl. Tschischgale a.a.O. S. 41.

340) Vgl. Tschischgale a.a.O. S. 42.

zögerung nur eine gesetzliche Verwirkung, nicht aber eine Ausschlußfrist darstellen kann. Dem ist beizupflichten. Wir können dagegen Tschisgale nicht folgen, wenn er sagt,[341]) daß für Ansprüche, die der Verjährung unterliegen, „regelmäßig" keine Ausschlußfrist bestehe. Unseres Erachtens schließen sich Verjährung und Ausschlußfrist absolut und als miteinander unvereinbar aus.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, daß auch § 16 des Aufw.Ges. nicht geeignet ist, die allgemeine Verwirkung als Ausschlußfrist oder gesetzliche Befristung aufzufassen. Der Hinweis Mügel's auf die angeführte Gesetzesvorschrift ist für uns bedeutungslos. Dies ist auch die Auffassung der Rechtssprechung[342]).

### d) Verzicht.

Anders als bei den bisher besprochenen Gebilden hat die Untersuchung zu verfahren, ob die Verwirkung als Rechtsverzicht und zwar als stillschweigender Verzicht konstruktiv zu erfassen ist. Denn hier ist nicht nur in der Rechtslehre, sondern auch in der höchstrichterlichen Rechtssprechung anfänglich allgemein angenommen worden, die Verwirkung sei nichts anderes als ein stillschweigender Verzicht[343]). Kannte man doch ursprünglich den Begriff der Verwirkung als solchen überhaupt noch nicht; man bezeichnete vielmehr diesen Rechtsvorgang schlechtweg als Rechtsverzicht[344]). Dies nimmt nicht Wunder. Konstruktiv liegt es nicht allzu fern, zu Gunsten des Gegners des Berechtigten, der allzu spät in einer für jenen unzumutbaren Weise an die Ausübung seiner Rechte geht, den vom fortschreitenden Rechtsempfinden gewünschten Rechtsverlust auf einen stillschweigenden Rechtverzicht des Berechtigten zurückzuführen. Eine von vornherein gegebene rechtliche Unmöglichkeit der Annahme, das Verhalten des Berechtigten sei eine stillschweigende Willenserklärung, besteht grundsätzlich nicht[345]). Dennoch ist zwischen beiden Rechtsgebilden scharf zu scheiden und der Gegensatz zwischen ihnen unverkennbar.

341) Vgl. Tschischgale a.a.O. S. 42 am Ende.

342) Vgl. hierzu RG 127, 323, RAG. Bd. 10 S. 361, RG in JW 1935, S. 24, 91.

343) Vgl. hierzu RG 100, 265, 107, 109, 118, 375, 110, 133; Seuff Arch. 82, 106; RAG Bd. 7, S. 143, 147.

344) Der Begriff der Verwirkung findet sich erst in RG Bd. 119. 234; JW 27, 1848, 116, 314, 117, 211, RAG Bd. 9, S. 27, 31.

345) Ebenso Heidemann in Leipz. Zeitschr. 1928 S. 937; Lenz in DJZ 1928 S. 1188; Scholz in JW 1930 S. 2356; Siebert, Verwirkung S. 187 u.a.m. Siehe ferner RG 123, 214, RAG bei Bensheimer Bd. 2 S. 67, 68.

Unter „Verzicht" im Rechtssinne ist diejenige Verfügung zu verstehen, durch die der Rechtsinhaber das ihm zustehende Recht aufgibt, ohne es auf eine andere Person zu übertragen[346]. Das Entscheidende bei dieser Begriffsbestimmung ist die Verfügung[347]: Durch sie wird der Verzicht gekennzeichnet. Verfügungen im Rechtssinne sind Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird[348]. Unklarheiten sind in die Begriffsverbindung „Verwirkung — Verzicht" im Schrifttum dadurch hineingetragen worden, daß man zwei Fragen miteinander verwirrt hat, die nicht scharf genug voneinander getrennt werden können. Es ist dies einmal die klare Herausarbeitung des Begrifflichen d. h. die Frage: „Was ist „Verzicht", was „Verwirkung", und im Gegensatz hierzu die Frage: Gibt es Tatbestände, die gleichermaßen als Verzicht und Verwirkung gedeutet werden können, wenn ja, wie sind diese Tatbestände mit Rücksicht auf den begrifflichen Gegensatz beider Institute konstruktiv in befriedigender Weise zu erfassen?[349]. Es ist notwendig, diese beiden Fragen kurz zu beleuchten.

Hierbei ist zunächst von der Feststellung auszugehen, daß der Verzicht wie jede Verfügung ein Rechtsgeschäft ist[350]. Es ist zu unterscheiden von dem bloßen obligatorischen Versprechen, ein Recht aufzugeben. Denn ein solches Versprechen würde wohl eine Einrede, niemals aber einen Rechtsuntergang wie beim Verzicht nach sich ziehen[351]. Der Inhalt der den Verzicht darstellenden Verfügung bildet die den Rechtsuntergang bewirkende Aufgabeerklärung. Von gewissen Ausnahmefällen abgesehen, in denen der Verzicht lediglich ein Ausscheiden des Rechts des Verzichtenden aus seinem Vermögen bewirkt, wie dies beim Hypothekenverzicht des § 1183 der Fall ist[352], führt der Verzicht begrifflich und rechtsnotwendig zum Untergang des Rechts. Dieser Untergang tritt nicht ex lege,

346) So v. Tuhr Bd. 2 S. 264; Eccius in Gruchot 50, 1 ff.; Walsmann, Verzicht 1912 und die gem. Meinung.

347) Darauf geht auffallenderweise Tschischgale S. 37/38 überhaupt nicht ein.

348) So ausdrücklich RG 106, 112; s. ferner Fischer S. 28/29 u. gem. Meinung.

349) An der im Text gegebenen unseres Erachtens unbedingt erforderlichen Trennung zweier völlig verschiedener Fragen fehlt es in den Untersuchungen Tschischgale's a.a.O. S. 33 ff. Richtig: Franke in JW 1937 S. 1118 u.a.

350) Von Tuhr a.a.O. S. 265.

351) Von Thur a.a.O. Bd. 1 § 17 V, 4; Walsmann a.a.O. S. 266.

352) S. auch §§ 589,2 und 923 II 3 BGB. Vgl. hierzu Planck Komm. zu § 589; Oertmann § 589,4. — Gegen diese Auffassung Endemann II § 24, Anm.19.

sondern kraft der in der Verfügung enthaltenen subjektiven Willensrichtung ein: Das Recht erlischt, weil es nach dem Willen des Rechtsträgers erlöschen soll. Wenn auch, worauf von Tuhr hinweist, der Verzichtsbegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht eindeutig Verwendung gefunden hat,[353] so kann doch kein Zweifel sein, daß der konstruktive Gehalt dieses Begriffes heute wissenschaftlich unbestritten und ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der rechtsgeschäftlichen Verfügung betrachtet werden muß. Vom Verzicht im technischen Sinne des Wortes zu scheiden sind die Fälle, in denen das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff völlig untechnisch braucht. Es seien vor allen die §§ 376 Nr. 1, 544, 744 usw., insbes. aber § 151 BGB erwähnt[354]. Auf diese näher einzugehen, ist hier nicht erforderlich. Wichtiger ist die Feststellung, daß der Verzicht bald als einseitiges Rechtsgeschäft, bald als Vertrag in Erscheinung tritt, wie dies die Hauptfälle, der schuldrechtliche Erlaßvertrag (§ 397) und der Erbverzicht (§ 2346 ff.) zeigen. Es ist daher für das Vorliegen eines Verzichts jedenfalls die Willenserklärung mindestens eines Rechtssubjekts als genügend zu erachten, sofern nicht etwa besondere Gründe einen Vertrag erfordern[355].

Demgegenüber liegt bei den bereits oben erwähnten, dem Bürgerlichen Gesetzbuch bekannten Fällen der Verwirkung im weiteren Sinn überhaupt kein rechtsgeschäftlicher Tatbestand, am wenigsten der einer Verfügung, vor. Vielmehr handelt es sich hier um einen Rechtsverlust als ungewollte gesetzliche Folge eines bestimmt gearteten Verhaltens des Berechtigten. Ueber diese Verwirkungsfälle besteht kaum Zweifel, da sie der Gesetzgeber ja selbst scharf umrisssen hat. Es sei in diesem Zusammenhang an die Verwirkung der elterlichen Gewalt (§§ 1680, 1771 BGB) und an die Verwirkung der Vertragsrechte (§ 360) und einige andere Fälle mehr[356] erinnert. Daß diese Verwirkungstatbestände, die als Legaltatbestände ihre unmittelbaren Rechtswirkungen erzeugen, mit dem Verzicht in keiner Weise verglichen werden können, liegt auf der Hand. Nun gibt es aber Tatbestände, in denen der Ein-

353) So spricht § 397 BGB vom Erlaß, §§ 1942, 2280 sprechen von Ausschlagung; s. auch § 1484 (Ablehnung), § 333 (Zurückweisung). Nach Walsmann a.a.O. S. 102 und 239 gehören diese Fälle nicht unter den Verzichtsbegriff.

354) Vgl. hierzu v. Tuhr a.a.O. S. 268.

355) So v. Tuhr a.a.O. S. 271 und die herrsch. Lehre. Siehe Walsmann 198, Oertmann, Komm. zu § 533; anderer Ansicht Planck zu § 305 Nr. 4; siehe auch Seckel, Gestaltungsrechte in Festgabe für Koch S. 230.

356) §§ 545 II, 532, 1570, 2005 I, 2006 III; vgl. auch § 339, s. zu dem Ganzen v. Tuhr a.a.O. S. 93 Anm. 3,

tritt einer Verwirkung bisweilen mit der Annahme eines tatsächlich garnicht vorhandenen Verzichtwillens erklärt wird, wie dies nach Verlust des Rücktrittsrechts nach § 252/53 BGB der Fall ist. Auch die Unzulässigkeit der Setzung einer Nachfrist im § 326 BGB nach allzu langer Zeit wird im Schrifttum bisweilen [357] nicht unzutreffend als Verzicht auf das Recht der Fristsetzung behandelt. Trotzdem ist auch in diesen Fällen von einem Verzicht im Rechtssinne u. E. keine Rede. Denn der Grund des Rechtsverlustes ist nicht in einer hierauf gerichteten sich als Verfügung darstellenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärung zu erblicken, sondern in der in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommenden Rücksichtnahme auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, wonach jede unnötige Verzögerung der Rechtsgeltendmachung durch den Gläubiger dem Schuldner gegenüber als unzumutbar ausgeschaltet werden soll. Nach Riezler [358] liegt hier ein Fall des venire contra factum proprium vor, nach Walsmann [359] ein Rechtsverlust durch „gegensätzliches Verhalten" des Berechtigten. Diese gesetzlichen in unserer Ausdrucksweise als Verwirkung im weiteren Sinne zu bezeichnenden positiv geregelten Fälle entbehren also des rechtsgeschäftlichen Gehalts vollkommen und haben mit dem Verzicht begrifflich nichts zu tun. In erhöhtem Maße gilt dies von der — allgemeinen — Verwirkung, der Verwirkung im eigentlichen Sinne, wie sie den Gegenstand unserer Abhandlung bildet. Wenn des öfteren darauf hingewiesen worden ist, daß ihr Wesen, abgesehen vom Zeitablauf, in der illoyalen Berufung auf das Vorhandensein eines Rechts des Berechtigten und in einer wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben pflichtwidrigen und deshalb unstatthaften Rechtsausübung zu sehen ist, so leuchtet ein, daß dieser Rechtsbegriff mit einer Verfügung, überhaupt mit einem rechtsgeschäftlichen Tatbestand, wie ihn der Verzicht darstellt, nichts mehr zu tun hat. Ein Invergleichziehen dieser beiden Einrichtungen liegt vollständig außerhalb des Bereiches konstruktiver Möglichkeiten.

Damit gelangen wir zu dem zweiten der scharf gegenüber gestellten Punkte. Es gibt Tatbestände, die bei oberflächlicher Betrachtung sich sehr wohl als Verzicht und als Verwirkung darstellen können. Der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis erwächst dann die Aufgabe, im Einzelfalle festzustellen, ob ein Verzicht oder eine

357) Planck, Komm. zu § 326 Nr. 1.
358) a.a.O. S. 159 ff.
359) a.a.O. S. 210 ff.

Verwirkung vorliegt. Dieser zunächst rein tatsächlich zu verstehende Vorgang ist aber in Schrifttum und Praxis[360] mißverstanden worden und man gelangte dazu, in irriger Auffassung derartiger Tatbestände diese beiden einander ähnlichen Rechtseinrichtungen dogmatisch zu identifizieren. Es kommen hier alle diejenigen Fälle in Betracht, in denen ein stillschweigender Verzicht vorliegt. Wir wissen, daß die höchstrichterliche Rechtssprechung die Verwirkungsfälle zuerst als stillschweigende Verzichtfälle aufgefaßt und daß der Judikatur der Begriff des Stillschweigens Schwierigkeiten bereitet hat. Zwar hat man gelegentlich die Auffassung vertreten, daß es überhaupt keinen stillschweigenden Verzicht gäbe; stillschweigender Verzicht sei nichts anderes als eine bloße Fiktion.[361] Es ist aber allgemein anerkannt, daß auch ein Verzicht stillschweigend erklärt werden kann. Eine besonders wichtige Gruppe der Rechtsgeschäfte bilden ja die stillschweigenden Willenserklärungen, und eine besonders wichtige Art dieser stillschweigenden Willenserklärungen ist die Unterlassungserklärung, die Erklärung durch Schweigen. Daß es sich auch hierbei um eine wirkliche Willenserklärung handelt, steht außer Frage, da eine gewollte Unterlassung dem Handeln gleich zu erachten ist, mag es unterlassene Willensbetätigung, mag es Willenserklärung sein.[362] Ob allerdings das Schweigen einer Person Willenserklärung ist, hängt vom Einzelfalle ab und ist nach den besonderen Umständen und der Verkehrssitte zu beurteilen.[363] Es genügt, in diesem Zusammenhange auf die Vorschrift des § 346 HGB zu verweisen. Gewiß mögen es erst besondere Umstände sein, die den Schluß rechtfertigen, daß das Schweigen eines Rechtssubjekts auf eine Erklärung oder auf das Tun einer anderen Person hin als Zustimmung oder Ablehnung zu gelten hat, und es steht fest, daß eine nicht ausdrückliche Willenserklärung in höherem Maße als die ausdrückliche Erklärung sorgfältigster Auslegung im Einzelfalle bedarf.[364] Dies vermag aber nicht den fundamentalen Grundsatz aus der Welt zu schaffen, daß jedes Rechtsgeschäft, also auch der Verzicht im Einzelfalle einmal durch Stillschweigen geäußert werden kann. Voraussetzung ist lediglich, daß diejenigen Elemente, die

360) So vor allem RG. 110, 133; 100, 265, RAG. 7, 143, 147, Ferner RG. 119, 234, 129, 258. RAG. 9, 27, 31.

361) Vgl. hierzu Best in JW. 1932 S. 1802; Danzer-Vanoti in Dt. Richt. Ztg. 1932, S. 74; Ulmer, Warenzeichen usw. S. 76 u.a.m.

362) So zutreffend v. Thur a.a.O. S. 420, 421.

363) RG. Bd. 76, S. 84.

364) v. Thur II, 1 S. 422.

für das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes begrifflich überhaupt erfordert werden, gegeben sind. Es sind dies der Erklärungstatbestand als solcher, ein Erklärungswille und ein Erklärungsbewußtsein des Handelnden.[365] Der Erklärungswille erfordert auch den sogenannten Geschäfts- oder Erfolgswillen,[366] da ohne das Vorhandensein einer bestimmten Geschäftsabsicht der Erklärung ein wichtiges Strukturelement fehlt. Es bereitet aber keine Schwierigkeiten, auch bei einem durch Stillschweigen eines Rechtssubjekts gekennzeichneten Verhalten nicht nur den objektiven Erklärungstatbestand, sondern auch Handlungswillen, Erklärungswillen, Erklärungsbewußtsein und Geschäftswillen festzustellen, sofern dies nur im Einzelfall bei sorgfältiger Auslegung dem Rechtsvorgang entnommen werden kann. Man nimmt daher zutreffend an, daß ein Erlaßvertrag gemäß § 397 BGB ebenso stillschweigend durch ein in diesem Sinne zu deutendes Verhalten der Vertragspartner geschlossen werden kann, wie sich eine Erbschaftsausschlagung oder ein Verzicht eines Miterben auf seinen Erbanteil (§ 2033 I) gleichfalls stillschweigend vollziehen können[367]. Entscheidend ist für die Möglichkeit einer derartigen Ausdeutung eines Stillschweigens stets zweierlei: Einmal muß die in Frage kommende Person mit ihrem Stillschweigen eine bestimmte Geschäftsabsicht, hier die Verzichtsabsicht, sie muß ferner das Erklärungsbewußtsein gehabt haben, d. h. sich der Verzichtsabsicht bewußt geworden sein, anders ausgedrückt: Das Stillschweigen muß Ausdruck einer Verfügungsabsicht sein, da das Verfügungsmoment, wie oben bereits erwähnt wurde, das Kennzeichen des Verzichtsbegriffs ist. Und sodann ist zu fordern, daß das Stillschweigen auch seiner objektiven Erscheinung nach als Verzicht und damit als Verfügung gedeutet werden könne, da andernfalls von einem stillschweigenden Verzicht im Rechtssinne

---

365) Lehmann: Allg. Teil S. 139 ff. verlangt Erklärungstatbestand und dreifachen Willen: Handlungswillen und Geschäfts- oder Erfolgswillen. Die Anhänger der sog. objektiven Lehre—Cosack: Lehrbuch 1 § 71 Ib S. 145 und Danz: Auslegung S. 261 ff. — halten den äußeren Anschein eines Erklärungswillens für genügend. Die subjektive wohl herrschende Theorie erfordert dagegen außer dem Handelungs- u. Erklärungswillen auch das Erklärungsbewußtsein; s. Enneccerus I § 136 u. 144; Endemann I § 64 S. 292 ff: S. 296 und bes. v. Thur II, 1 § 61. S. 420. 422.

366) Enneccerus S. 442.

367) Walsmann § 299; Plank zu § 2033, 2 d. Auch die Rechtsprechung hat von jeher die rechtliche Möglichkeit eines stillschweigenden Verzichts anerkannt, RG. Bd. 123, 214, 315; RAG. Bensheimer Bd. 2 S. 57, 68; ferner Heinemann a. a. O. S. 937; Lenz a. a. O. S. 1188.

nicht gesprochen werden kann[368]). Gelangt man auf Grund dieser Feststellung aber im Einzelfalle zur Feststellung eines stillschweigenden Verzichts, so ist damit die Möglichkeit einer Verwirkung ausgeschaltet und eine Verwechslung dieser beiden Begriffe ist einfach untragbar[369]). Denn die Verwirkung setzt ja stets den Ablauf einer Frist und die Verzögerung der Geltendmachung eines Rechts voraus, sie beruht aber niemals auf einer Willenserklärung. Sie kann zwar auch in einem Stillschweigen ihren Grund finden, dasselbe darf dann aber niemals einen auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Willen eines Rechtssubjektes widerspiegeln. Die Verwirkung ist auch keine Verfügung wie der Verzicht, der Grund ihres Erlöschens ist nicht ein vom Recht anerkannter und sanktionierter Wille, sondern die Anerkennung des rechtsethischen Grundsatzes von Treu und Glauben, der es nicht zuläßt, daß nach allzu langer Zeit zum Nachteil des Gegners ein Recht noch soll durchgesetzt werden können. Die Tatsache also, daß Verwirkung und stillschweigender Verzicht in gleicher Weise durch Stillschweigen zum Ausdruck gelangen können, darf niemals zu der irrigen Annahme führen, daß es sich bei beiden Rechtseinrichtungen um etwas innerlich Verwandtes oder gar Gleichartiges handle. Vielmehr ist ihre Abgrenzung stets in der oben dargelegten Weise vorzunehmen und dann im Einzelfalle zu entscheiden, ob ein Fall einer Verwirkung oder der eines stillschweigenden Verzichts gegeben ist[370]). Es ist eine Frage der Auslegung, ob aus dem untätigen Verhalten des Berechtigten auf seinen Rechtsaufgabewillen geschlossen werden kann oder nicht[371]). Die Praxis geht hier von der Erfahrung des Lebens aus, daß im allgemeinen niemand auf ihm zustehende Rechte stillschweigend verzichten will. Dies ist auch die Auffassung des Reichsgerichts[372]). Auch der Erfolgswille und das Erklärungsbewußtsein wird sich im Einzelfalle meist mit genügender Klarheit feststellen lassen, sodaß in solchen Fällen für eine Verwirkung schon von vornherein kein Raum ist. Fehlt es am Erklärungsbewußtsein und kann auch objektiv nach dem Sachverhalt dem Stillschweigen die Deutung eines

368) Richtig Lehmann in JW. 1936 S. 2197; v. Tuhr. a. a. O. S. 421.

369) Verfehlt: Tschischgale S. 33; richtig dagegen: v. Tuhr a. a. O. S. 269 Anm. 199, wenn auch ohne Erwähnung der — ihm wohl noch unbekannten — Verwirkung im Sinne des Textes.

370) Richtig Siebert in Hdwb. d. R. W. VIII. S. 768. — Auch hier ist wie bei der Ausschlußfrist — s. oben 82/85 — darauf hinzuweisen, daß der Verzicht Rechtserlöschensgrund, die Verwirkung nur Ausübungshemmungsgrund ist.

371) Vgl. hierzu RG. 84, 405; 110, 93.

372) Höchstrichterl. Rechtspr. 1928, 1795 u. RG. in JW. 1911, 10146.

Verzichts nicht gegeben werden, so ist nunmehr für die Annahme einer Verwirkung Raum[373]). Dies muß aber erst recht dann gelten, wenn das Erlöschen des Rechts seinen inneren Grund entweder im gegensätzlichen Verhalten des Rechtsträgers findet[374]) oder wenn die nachträgliche Rechtsgeltendmachung gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben verstößt[375]). Diese Argumentation führt auch zur Ablehnung der von Manigk[376]) aufgestellten Lehre vom fahrlässigen Verzicht. Zunächst lehnt Manigk die Siebert'sche Mißbrauchslehre ab, von der unten gehandelt werden wird. Die Verwirkung sei nicht nur ein Hinderungsgrund für die Rechtsausübung, sondern sie führe zum Rechtsverlust. Im Gebiete der Aufwertung habe denn auch die Rechtsprechung, wie Manigk meint, den Rechtsgrund der Verwirkung im Verzicht oder in nicht rechtzeitiger Ausübung erblickt[377]). Auch die neueste Rechtsprechung erblicke die Kernfrage des Streites über den Grund der Verwirkung immer wieder unter dem Gesichtswinkel des Rechtsaufgabewillens des Berechtigten[378]). Neben der Verwirkung stehen daher „auf der ganzen Linie der Verzicht und Erlaß als konkurrierende Rechtsaufhebungsgründe".

Auf dem Boden dieser Feststellung versucht nun Manigk unter Bezugnahme auf seine beiden grundlegenden Werke über die Willenserklärung[379]) das Verwirkungsproblem mit der Lehre der Haftung für fahrlässiges Erklären zu lösen. Er geht davon aus, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht nur die Willenstheorie gelte, sondern regelmäßig auch vorsätzliches mit Erklärungsbewußtsein erfolgendes Verhalten des Erklärenden gefordert werde[380]). Neben diesem legalen Begriff der Willenserklärung habe sich aber gemäß den Forderungen der Verkehrssicherheit und des Verkehrsschutzes der Rechtssatz herausgebildet, daß jeder bei seinem geschäftlichen Verhalten gegenüber anderen den Sinn einer Erklärung gegen sich

373) Vgl. Walsmann in JW. 1927 S. 2570.
374) Vgl. Walsmnnn a. a. O. S. 210.
375) Sieber-Planck: Komm. zu § 397 Erläuterung 3 II 1 S. 544; vgl. auch Lehmann: Zeitschrift für d. ges. Handelsr. Bd. 79, S. 98.
376) Manigk: Das Problem der Verwirkung in DJZ. 1936 Heft 6, S. 350 ff.
377) Manigk beruft sich a. a. O. S. 355 besonders auf RG 95, 307.
378) Manigk verweist auf ältere Entscheidungen: RG 91, 347, 107, 108, und 348, ferner RG. 129, 258, 127, 327.
379) Irrtum und Auslegung S. 80 ff. und 243 ff. und Willenserklärung und Willensgeschäft; vgl. ferner Jherings Jahrb. Bd. 83 S. 36 ff. und S. 64 ff.
380) §§ 116 ff., 133, 145 ff. BGB.

gelten lassen müsse, den sein Verhalten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte habe. Man habe dies fälschlicherweise „Erklärungstheorie genannt, es sei aber in Wahrheit Haftung für fahrlässiges Erklären. Manigk meint, es gäbe auch eine Zurechnung im Sinne eines bestimmten Verhaltens als Willenserklärung, „die vom Erklärungsbewußtsein des Handelnden losgelöst und dadurch objektiviert, andererseits aber der Voraussetzung der Schuld unterstellt ist." Bei der fahrlässigen Erklärung ergäbe sich das Prinzip der Zurechnung aus dem Gesichtspunkt des Vertrauens im Rechtsverkehr, der dem Einzelnen bestimmte Rechtspflichten auferlege. Auf diesem Prinzip der Haftung für fahrlässige Erklärung beruhen die zahllosen Fälle der sogenannten stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen, die trotz des Mangels eines Erklärungsbewußtseins doch bindende Wirkung haben. Die gleichen Grundsätze müßten aber auch für den Verzicht als Willenserklärung gelten, da ein solcher auch dann vorliegen kann, wenn der Verpflichtete nach Treu und Glauben annehmen durfte, daß der Berechtigte sein Recht aufgebe oder nicht mehr ausüben werde. Wenn sich hier der Gläubiger so behandeln lassen müßte, als hätte er verzichtet, so sei das Schrifttum der Erfassung dieses Vorgangs nicht gerecht geworden, wenn es das Vorliegen eines solchen in dem angegebenen Falle ablehnte. Man habe übersehen, daß „Verzicht wie jede andere Willenserklärung auch dort zugerechnet wird, wo ohne Erklärungsbewußtsein — und erst recht ohne Verzichtswillen — nach Treu und Glauben eine bindende Verzichtshandlung des Berechtigten vorliegt"[381]). Einen solchen Hauptfall fahrlässigen Verzichts soll nun die Verwirkung darstellen. Der Rechtsverlust, den die Verwirkung erzeuge, beruhe hier — so meint Manigk — nicht auf der Absicht des Rechtsträgers, das Recht zum Erlöschen zu bringen, sondern auf einem dahin zu deutenden Verhalten des Berechtigten. Es liegt hier eine fahrlässige Erklärung vor[382]). Die Verwirkung sei daher als fahrlässiger Verzicht aufzufassen.

Zu diesem Konstruktionsversuch Manigk's muß aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen in ablehnendem Sinne Stellung genommen werden. Gegen die Annahme einer Haftung für „fahrlässiges Erklären" ist grundsätzlich nichts einzuwenden, sofern man sich dessen bewußt bleibt, daß der Vorwurf der Fahrlässigkeit der

381) Manigk a. a. O. S. 358.
382) a. a. O. S. 359.

Tätigkeit des Erklärenden als solcher gemacht wird. Mit der Willenserklärung als kategorischem Grundbegriff der Rechtsgeschäftslehre hat die Fahrlässigkeit als Schuldform aber gar nichts zu tun. Es darf kein Zweifel bestehen, daß der Begriff der „fahrlässigen Erklärung", wie sie Manigk aufstellt, ernsthaftem Bedenken begegnen muß. Eine Willenserklärung kann zwar fahrlässig „abgegeben" werden d. h. die Tätigkeit, das Verhalten des Erklärenden kann als äußerer Rechtsvorgang dem Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit ausgesetzt sein. Die juristische Konzeption einer Erklärung als „fahrlässiger Erklärung ist aber ein juristisches Unding. Menschliches Tun kann schuldhaft, also fahrlässig sein, ein kategorischer Begriff, wie ihn die Willenserklärung darstellt, kann aber weder vorsätzlich noch fahrlässig, d. h. als schuldhafte Tat, gedacht sein. Wir müssen daher die Annahme Manigk's, daß man neben dem vorsätzlichen Verzicht auch einen fahrlässigen Verzichtsbegriff anerkennen müsse, aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnen. Dagegen ist es möglich, wie dies im gesamten Schrifttum und in der Rechtsprechung seit jeher aufgefaßt worden ist, stillschweigendes Verhalten eines nach der Verkehrsanschauung Erklärungspflichtigen als Verzicht im Rechtssinne zu würdigen[383].

Manigk begeht aber noch einen weiteren Fehler, wenn er gerade die Verwirkung als einen Hauptfall eines sogenannten fahrlässigen Verzichts anspricht. Wie sich nämlich bereits aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts — siehe oben — ergeben hat und wie sich dogmatisch im Laufe unserer Untersuchung zeigen wird, ist es überhaupt nicht der dem Berechtigten gemachte Vorwurf der Fahrlässigkeit, der den Grund für den Eintritt der Verwirkungsfolge abgibt. Vielmehr ist es der Wunsch nach Ausschaltung jeglicher irgendwie gearteter mißbräuchlicher Rechtsausübung, der uns veranlaßt, die verspätete und als treuwidrig erscheinende Geltendmachung des konkreten Rechts durch den Berechtigten als unzulässig zurückzuweisen. Dies übersieht Manigk vollkommen; man muß daher die von ihm gegen Siebert erhobenen Vorwürfe zurückweisen. Gewiß kann die Verzögerung der Geltendmachung des Rechts auf einem fahrlässigen Verhalten des Berechtigten beruhen, notwendig ist das aber keineswegs. Dies ist unten[384] noch im Einzelnen darzutun. Erachtet man demnach das schuldhafte Verhalten des Erklärenden für die konstruktive Erfassung des Verwirkungsproblems als völlig

383) S. oben S.24.
384) S. unter IV. 1.

belanglos, so ist für die Manigk'sche Lehre „von der Haftung für fahrlässiges Erklären", jedenfalls bei der Verwirkung, kein Raum[385]).

Wir gelangen daher abschließend zu dem Ergebnis, daß Verwirkung und Verzicht zwei streng voneinander zu scheidende Rechtsinstitute sind, die weder begrifflich noch tatbestandsmäßig miteinander identifiziert werden können[386]).

### e) Ersitzung.

Völlig abwegig ist die im Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes fast ausnahmlos vertretene Auffassung, daß die Verwirkung ihrem Wesen nach Ersitzung sei. Man[387]) hat behauptet, die Rechtsfolge einer Verwirkung sei, jedenfalls so weit es sich um Wettbewerbs- und Warenzeichenrechte handle, die Folge einer rechtserwerbenden Verjährung d. h. einer Ersitzung. Dies muß mit aller Entschiedenheit abgelehnt werden. Ersitzung ist originärer Eigentumserwerb auf Grund zehnjährigen gutgläubigen Eigenbesitzes (§ 937 BGB). In Uebereinstimmung mit den bisherigen Rechten läßt das BGB nur eine Ersitzung an beweglichen Sachen zu[388]). Ihre Bedeutung zeigt sich bei der Veräußerung abhanden gekommener Sachen, bei der Uebereignung durch geschäftsunfähige Personen oder an solche, ferner bei der Uebereignung durch Personen, die eine Veräußerungsermächtigung oder dahingehende Vollmacht des Eigentümers vorspiegeln oder durch Eigentümer, denen das Verfügungsrecht — man denke etwa an Ehefrauen — fehlt. Auch bei redlicher Okkupation fremder, besonders verlorener Sachen, ist die Ersitzung als Erwerbstitel beachtlich[389]). Eine außerordentliche Ersitzung, wie sie dem gemeinen Recht und dem Preußischen Allgemeinen Landrecht bekannt war, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd. Die Erfordernisse der im Gesetz geregelten Ersitzung sind

385) Über weitere Argumente gegen Manigk's Auffassung: Lehmann in JW. 1936 S. 2196.

386) So auch herrschende Lehre in Schrifttum und Praxis; s. auch die genauen Nachweisungen bei Tschischgale S. 39, Anm. 43 und 44. Vgl. jetzt auch Franke a. a. O. S. 1118.

387) Hauptvertreter dieser Auffassung sind Oppenheim: Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz S. 30 ff. Derselbe; Der Ersitzungsgedanke in der Verwirkungsrechtsprechung des RG. zum Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht in MuW 1932 S. 442; ferner Seligson in GRUR 1930, S. 101.

388) Vgl. hierzu das gesamte Schrifttum und Kommentare.

389) Vgl. hierzu Gierke, Deutsches Privatrecht § 135 Anm. 10; Enneccerus Allgemeiner Teil § 210 II 1, ferner Enneccerus, Sachenrecht § 71; von Tuhr II S. 42; Endemann II, 1 Sachenrecht S. 537, 338 ff.

lediglich Eigenbesitz, Redlichkeit und Zeitablauf. Unter diesen Umständen ist es unerfindlich, die Verwirkung als Ersitzung ansprechen zu wollen, zumal wenn man bedenkt, daß die Folge der richtigen Durchführung dieser Auffassung zu einer Spaltung des Verwirkungsbegriffs führen müßte. Denn da nach der vorgetragenen Ansicht sich diese Konstruktion nur auf das Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts erstrecken soll, müßte für die hier zur Anwendung gelangende Verwirkung als Ersitzungsfall eine besondere Regelung zu gelten haben, sodaß man eine Wettbewerbs- und Warenzeichenverwirkung getrennt von Verwirkungen in allen anderen Fällen anzuerkennen hätte, unseres Erachtens eine untragbare Konsequenz, ganz abgesehen von der konstruktiven Ungeheuerlichkeit! Aber auch alle dogmatischen Erwägungen sprechen gegen die oben bezeichnete Annahme. Die Ersitzung ist ausschließlich ein Institut des Sachenrechts d. h. in landläufigem Sinne — eines Herrschaftsrechts an körperlichen Sachen[390]). Die wettbewerblichen Schutzrechte haben aber mit dem Sachenrecht nichts zu tun. Das subjektive Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht ist nicht Eigentum[391]), wobei ganz dahingestellt bleiben kann, welcher Lehre man sich in Ansehung der Rechtsnatur dieser Rechte heute anschließen will[392]). Nicht einmal für eine analoge Anwendung sachenrechtlicher Vorschriften ist Raum. Auch ist zu beachten, daß, wie noch gezeigt werden wird, die Verwirkung zum Rechtsausübungsverlust, die Ersitzung aber gerade zum Rechtserwerb führt, was zwei doch offenbar entgegengesetzte Gesichtspunkte zum Ausdruck bringt. Daß bei der Ersitzung bisheriges Eigentum auf Kosten originären Rechtserwerbs erlischt, ist denkmäßig nur die rechtslogische Folge des Rechtserwerbs, also Ergebnis einer nachfolgenden (posterioren) Ueberlegung. Die Ersitzung ist unbestritten ein Eigentumserwerbs-, kein Verlusttatbestand. Bei der Verwirkung ist das Erlöschen des Ausübungsrechts aber gerade das Primäre, das Wesentliche. Dabei ist besonders für das Warenzeichenrecht zu beachten, daß der Verletzer kein Recht erlangt, wie dies beim Ersitzer der Fall ist[393]). Aber

390) Rechte scheiden gemäß § 937 BGB hier aus. Vgl. § 945 BGB (Ersitzung der Lastenfreiheit); aus früherer Zeit: 44-jährige Ersitzung von Regalien (§ 35 ALR II, 14), Patronatsrechten (§ 575 ALR II, 11) und die 50-jährige Ersitzung der Freiheit von öffentl. Lasten (§ 656 ALR. I 9)

391) Baumbach in GRUR 1930 S. 251 u. Kurzkomm. z. WZG. S. 57; Pinsger, Komm. z. WZG. S. 206.

392) Vgl. hierzu Baumbach: Das gesamte Wettbewerbsrecht 1931, S. 109; Elster, Art. Wettbewerb i Hdwb. d. RW. II S. 891/892; derselbe, Art. Urheberrecht ebenda S. 316, 318, und Art. Warenzeichenrecht ebenda S. 778 ff.; ferner Elster, Gewerblicher Rechtsschutz in Hdwb. d. R. W. II S. 938 ff.

393) Presser in JW. 1937 S. 1864.

auch Einzelheiten sprechen gegen diese Konstruktion. Das Erfordernis einer zehnjährigen Frist kann auch bei der Verwirkung im Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts völlig fehlen. Aus der Judikatur wissen wir, daß erheblich kürzere Fristen bereits die Verwirkung erzeugen, was mit der Schnellebigkeit unseres wirtschaftlichen Wettbewerbs zusammenhängt. Was sollte fernerhin dem Eigenbesitz des § 937 BGB als Analogon zur Seite gestellt werden? Gewiß spricht man — und das hat wohl zu dieser verfehlten Ansicht geführt — in den bezeichneten Rechtsgebieten vom „Besitzstand" des Erwerbers[394]). Aber dieser Begriff ist doch nur geistig, im übertragenen Sinne, zu verstehen, er hat mit der realen Sachherrschaft eines Eigenbesitzers nichts zu tun.[395]) Besitzstand ist Ausdruck für die rechtlich erforderliche wirtschaftliche Position des schutzwürdigen Gegners, der auf Grund der einmal geschaffenen Lage mit dem Erledigtsein der fraglichen Wettbewerbsangelegenheiten rechnen darf. In jedem Wettbewerbsfall ist ein solches „Sicheingerichtet-haben" gerechtfertigt, wenn ein sogenannter Besitzstand in der beanstandeten Bezeichnung oder Nachbildung eines Zeichens geschaffen ist. Das ist etwas dieser Rechtsbeziehung Typisches. Mit dem Eigenbesitz des § 937 BGB hat dies aber garnichts zu tun. Hinzukommt, daß in den meisten Fällen nicht ein und dieselbe Firma, Marke oder dasselbe Warenzeichen vom Verletzer benutzt wird, sondern daß nur ähnliche Bezeichnungen in Frage stehen, und wenn es auch einmal der Fall sein sollte, daß Identität vorliegt, so hat doch nicht wie bei der Ersitzung der gutgläubige Verletzer das Marken- oder Firmenrecht erworben und der bisherige es verloren. Es kann sich höchstens darum handeln, daß dieser seinen Unterlassungsanspruch nicht mehr geltend machen kann[396]). Dies zeigt, daß diese Rechtslage auch nicht einmal annähernd der der Ersitzung ähnelt.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der Eintritt der Verwirkungsfolgen in keinem Fall durch den guten Glauben des Begünstigten bedingt ist. Wir haben oben gesehen, daß die Verwirkung auch dann eintritt, wenn der Verletzer eines Markenrechts den Bestand des Rechts kennt und mit der Inanspruchnahme durch den Gegner rechnet. Zwar verlängert sich in diesem Falle die Verwirkungsfrist, die Verwirkung selbst aber wird hierdurch nicht

394) Seligsohn a.a.O., ebenso Oppenheim.
395) RG. 134 S. 40
396) So besonders nachdrücklich Presser a.a.O.

ausgeschaltet. Mit Recht weist Baumbach[397] darauf hin, daß die Gutgläubigkeit als Ersitzungserfordernis sich gerade aus sachenrechtlichen Gesichtspunkten beim Eigentumserwerb ergibt und daß sich gerade hierin der entscheidende Gegensatz zur Verwirkung im Wettbewerbsrecht findet. Baumbach spricht in diesem Zusammenhange von einer lizenzähnlichen Rechtswirkung der wettbewerblichen Verwirkung.

Aus allen diesen Gründen haben Rechtslehre und Rechtsprechung[398] die auch von uns bekämpfte Auffassung uneingeschränkt abgelehnt.

### f) Verarbeitung.

Noch weniger können Ansichten Beifall finden, die, wie, z.B. die von Herzog aufgestellte Lehre es tut, die Verwirkung mit der Verarbeitung (Spezifikation) in Verbindung bringen[399]. Spezifikation im Rechtssinne ist die Herstellung einer neuen Sache durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe (§ 950 BGB). Auch die Verarbeitung ist ein Eigentumserwerbstatbestand, der sich ausschließlich auf bewegliche Sachen bezieht und analoger Anwendung unfähig ist. Die Spezifikation ist ein Rechtsvorgang, der sich vor allem auf dem Gebiete der Industrie und des Handwerks als Herstellung von Halbfabrikaten oder Fertigfabrikaten vollzieht. Auch der Bildhauer spezifiziert und nach besonderer gesetzlicher Vorschrift ist das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren, Photographieren und jede entsprechende Bearbeitung der Oberfläche einer Sache als Verarbeitung anzusehen. Aber schon das Okulieren fremder Rosenwildlinge mit eigenen Edelreisern ist nach der Judikatur des Reichsgerichts nicht mehr als Verarbeitung im Sinne des § 950 BGB anzusprechen, noch viel weniger das Zähmen wilder Tiere u. dergl. m. Um wieviel weniger kann durch die Arbeit des Inhabers und Trägers eines jüngeren Warenzeichens ein neues Rechtsgut oder Wertobjekt geschaffen werden, das sich gegenüber dem verletzten Warenzeichen als ein auf Grund einer Verarbeitung geschaffenes neues Zeichen darstellt. Gegen eine derartig uferlose, rechtspolitisch auch durchaus unzweckmäßige Verallgemeinerung scharf umrissener bürgerlichrechtlicher Rechtsinstitute muß mit aller Entschiedenheit Front gemacht werden. Es geht hier ebenso wenig

397) a.a.O. S. 109 und GRUR 252.
398) Uebersichtliche Zusammenstellung siehe bei Tschischgale a.a.O. S. 52/53.
399) Herzog in MuW 1930 S. 353; Ruth in JW. 1934 S. 288

wie im Falle der Ersitzung an, sachenrechtliche Vorstellungen auf immaterialgüterrechtliche Erscheinungen anzuwenden. Es entspricht nicht deutscher Volksanschauung zu sagen, daß aus alten Warenzeichen im Wege der Verarbeitung neue hergestellt werden. Der Träger des neuen Zeichens setzt sich durch, weil der Gesetzgeber seine der Wirtschaft wertvolle Energie schützen und anerkennen will. Das Neue, das sich im Wirtschaftsleben zu behaupten vermag, soll auch des Schutzes teilhaftig werden. Die aufgewandte „Arbeit" soll auch im Wettbewerbsrecht ihres Lohnes teilhaftig werden. Mit „Verarbeitung" hat dies alles nichts zu tun[400]).

Es ist also daran festzuhalten, daß auch mit diesem sachenrechtlichen Institut die Verwirkung keinerlei Berührungspunkte aufweist.

g) Weitere im Schrifttum anerkannte Gebilde.

Schließlich ist noch die Ansicht vertreten worden, daß die in den §§ 904, 912 und 917 BGB enthaltenen Schutzvorschriften als Rechtsgrundlage für den zulässigen Eingriff des Verwirkers in fremde Rechte in Betracht kommen[401]). Wie in den angeführten Gesetzesvorschriften ein Eingriff in fremde Rechte für zulässig erklärt wird, zum Schutz des Rechtsträgers eines höherwertigen Interesses, so sei auch der, der sich mit Mühe und Kosten einen wertvollen Besitzstand geschaffen habe, schutzwürdig und eingriffsberechtigt: Dies sei aber gerade bei der Verwirkung der Fall! Dem ist entgegenzuhalten, daß die angeführten Gesetzesvorschriften, vor allem die §§ 912 und 917, rein sachenrechtlichen Charakter tragen und aus den bereits oben angeführten Gründen auf funktionelle Rechtsgebilde, wie es die Verwirkung darstellt, unanwendbar sind. Die Vorschrift des § 904 hat allerdings in Schrifttum und Praxis über das Gebiet des Sachenrechts hinaus gewisse Erweiterungen erfahren[402]), und es mag Ulmer zugegeben werden, daß die dieser Vorschrift zugrunde liegenden tieferen Rechtsgedanken an sich im Wettbewerbsrecht Raum finden könnten. Das Wesen der Verwirkung ist aber gerade im illoyalen rechtsmißbräuchlichen Verhalten dessen zu erblicken,

400) Zutreffend Siebert, Verwirkung S. 206 ff.; Lobe in MuW 1932 S. 435; Gumpel S. 54; Krause in DJZ. 1935 S. 1513 u.a.m.

401) So Ulmer S. 80.

402) Enneccerus III (Sachenrecht) § 51 V, § 52 Anm. 9; Endemann a.a.O. S. 433; von Tuhr II, 2 § 97; vgl. auch RG. 89, 225 u. 113, 301; RGRK. zu § 904 Nr. 5.

der nach allzu langer Zeit mit der Geltendmachung seines Rechts hervortritt. Dies führt zum Erlöschen des Rechts, jedenfalls soweit es sich um die Ausübungsfunktion desselben handelt. Gemäß § 904 BGB ist der Rechtsträger (Eigentümer) aber lediglich zur Duldung fremder Eingriffe verpflichtet, ohne daß das Eigentumsrecht der Ausübung nach untergeht. Die gedankliche Erfassung der hier miteinander verglichenen Gebilde zeigt also eine Verchiedenheit auf. Wer rechtlich zu dulden verpflichtet ist, steht nicht dem gleich, der wegen Rechtsmißbrauchs sein Ausübungsrecht verliert. Als Ausgleich wird im § 904 BGB dem Duldungspflichtigen auch ein Schadensersatzanspruch zugebilligt. Im Gebiete der Verwirkung kommt aber ein solcher Entschädigungsanspruch garnicht in Frage. Aus dem gleichen Grunde können auch die von Ulmer erwähnten Enteignungsvorschriften nicht zur Vergleichung herangezogen werden.

Auf einem anderen, nämlich schuldrechtlichen Boden bewegen sich endlich die Untersuchungen Müllereiserts in Iherings Jhb. 85 S. 275 ff. Unter Ablehnung der Lehre Siebert's vom Rechtsmißbrauch will er das Wesen der Verwirkung mit dem deutschrechtlichen Grundsatz von Schuld und Haftung erklärt wissen. Müllereisert meint, der Eintritt der Verwirkung finde seinen Grund in einer Haftungsbeschränkung des Schuldners, die trotz uneingeschränkten Fortbestandes der Schuld sich aus der verspäteten gegen Treu und Glauben verstoßenden Geltendmachung des Rechts des Gläubigers ergebe. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Müllereisert übersieht, daß die Verwirkung ihren Grund im Verhalten des Berechtigten findet, was mit der schuldnerischen Haftung nichts zu tun hat. Gegen denBegriff einer beschränkten Haftung des Schuldners ist heute gewiß grundsätzlich nichts einzuwenden,[403]) aber er darf u. E. nur dort zur Anwendung gelangen, wo er aus Gründen, die in der Person des Schuldners liegen, seine innere Berechtigung erweist. So darf von Schulden mit beschränkter Haftung überall da gesprochen werden, wo eine quantitative oder rechnerische Begrenzung des Schuldinhalts gegeben ist. Man denke etwa an die Haftung der Mitglieder einer Genossenschaft m. b. H. für die Genossenschaftsschulden nur bis zum Betrage ihrer Haftsumme (Gen.-Ges. § 141). Oder es handelt sich bei der Schuld mit beschränkter Haftung um Fälle, in denen die Haftung auf bestimmte Vermögensstücke beschränkt ist (z. B. beschränkte Erben-

403) Vgl. Heck, Grundriß § 24 Nr. 4 S. 69 ff.; Stoll, Vertrag und Unrecht § 32 II, 2 S. 132.

haftung § 1990 BGB, Vermögensübernahme § 419 Abs. 2 BGB usw.). In diesen Fällen kann von Haftungsbeschränkung gesprochen werden, weil das ihr Eigentümliche seinen Grund in der Person des Schuldners bzw. in seiner Rechtssphäre findet. Davon ist aber bei der Verwirkung keine Rede.

Aus den angeführten Gründen können demnach alle hier noch erwähnten Konstruktionsversuche keinen Beifall finden.

## 4. Wesen und Rechtsnatur der Verwirkung und ihre Stellung im System.

### a) Die Verwirkung — ein notwendiges und selbständiges Rechtsgebilde.

Die vorangegangenen kritischen Untersuchungen haben gezeigt, daß keines der vom Schrifttum mit der Verwirkung in Beziehung gebrachten Rechtsgebilde inhaltlich das bedeutet, was wir unter „Verwirkung" im engeren Sinne verstehen. Andererseits haben die Ausführungen über die Entwicklung der Verwirkung in Rechtsprechung und Rechtslehre als Ergebnis die Feststellung gezeigt, daß es sich hier um ein lebensnotwendiges Gebilde handelt, das, wie jetzt wohl unangefochten allgemein zugegeben wird, aus unseren Rechts- und Wirtschaftsleben nicht mehr hinweggedacht werden kann und insofern eine bisher bestehende Lücke ausfüllt. Auch im Rechtssystem zeigte sich dies. Denn wenn von den an die Verwirkung angrenzenden Rechtsinstituten, wie wir sie im vorhergehenden Teil der Arbeit untersucht haben, einzig und allein die Verschweigung und die Verjährung bzw. die Ausschlußfrist in den Bereich engerer Vergleichung kamen, so zeigte eine tiefere Ueberlegung bereits, daß die im Gedankenbereich dieser Institute bestehende Lücke allein durch die Verwirkung im engeren Sinne ausgefüllt zu werden vermag. Daß nur die Verschweigung und die Verjährung bzw. die Ausschlußfrist in die engere Wahl kommen, liegt daran, daß bei beiden dem Zeitablauf rechtsschwächende bzw. rechtsstärkende Bedeutung zukommt, sodaß die Vorstellung, der Zeitablauf bringe Rechte zum Erlöschen bzw. zum Entstehen, eine in der Zeitidee sich auswirkende Erstarkung der Rechtslage einer Person, eine Veränderung der Gesamtrechtsposition herbeizuführen vermag. Bei der Verschweigung kommt nun, wie wir sahen, zum Zeitmoment integrierend hinzu, daß erst die Aufforderung oder

ein ihr gleiches Verfahren zur Anmeldung und Wahrung von Rechten durch Schweigen des Berechtigten während bestimmter Zeit den Rechtsverlust herbeiführt, bei der Verjährung bzw. bei der Ausschlußfrist genügt dagegen der schlichte Zeitablauf als solcher ohne Heranziehung anderweiter Umstände, um nach Ablauf bestimmter Fristen die — einredebehaftete — Geltendmachung des Rechts bzw. diese selbst zum Erlöschen zu bringen. Bei genauerem Zusehen besteht daher in der Tat eine Systemlücke im Bereich dieser Zeitgebilde insofern, als der Fall, in dem während eines bestimmten Zeitablaufs die wirtschaftliche Lage des Verpflichteten durch besondere Maßnahmen so umgestaltet ist, daß die Geltendmachung des Rechts nach Ablauf der Zeit als verspätet und wegen der besonderen Umstände als illoyal oder treuwidrig erscheint, weder durch das Institut der Verschweigung, noch durch das der Verjährung gedeckt wird. Denn das treuwidrige Verhalten des Berechtigten, das ja das Wesen der Verwirkung ausmacht, ist weder kennzeichnend für die Verschweigung noch für die Verjährung bzw. die Ausschlußfrist. Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, daß, wie die Verwirkung positiv ein lebensnotwendiges Gebilde ist, sie auch dogmatisch im Bereich unseres Privatrechtssystems eine systemnotwendige Rechtsfigur darstellt, da sie, wie gezeigt, von den allein in die engere Wahl kommenden zeitgetragenen Rechtseinrichtungen der Verschweigung und der Verjährung (bzw. Ausschlußfrist) nicht erfaßt wird. Theoretisch stellt sich also die echte allgemeine Verwirkung als ein lückenausfüllendes Gebilde dar, an dem wir rechtssystematisch nicht mehr vorübergehen können.[404]) Die Verwirkung ist ein selbständiges vollwertiges Institut, dem seine eigene Bedeutung und sein Eigenwert nicht bestritten werden können entsprechend der heute unangefochtenen Erkenntnis von der Geschlossenheit unserer Rechtsordnung und der Lückenlosigkeit unseres Rechts.[405]) Man ist geneigt zu behaupten, daß man nach heutigem Rechtsdenken die Verwirkung, wenn sie nicht schon da wäre, erfinden müßte um nicht nur einem praktischen, sondern auch einem systematischen Bedürfnis zu genügen und um die Harmonie von Lebenswirklichkeit und Recht herzustellen.

404) Dieser Gesichtspunkt ist im bisherigen Schrifttum wenig oder garnicht beachtet worden.

405) Wir können daher Huber nicht ganz beipflichten, wenn er — Zt. d. Ak. f. D. R. 1937 Heft 12, S. 367 — der Auffassung ist, daß die verwaltungsrechtliche Verwirkung sich „wesentlich" von der Verwirkung als Institut des allgemeinen Vertragsrechts und des Arbeitsrechts unterscheidet. — Vgl. auch Huber in Ztschr. d. Ak. f. D. R. 1937, Heft 11 S. 323.

### b) Die Verwirkung als Fall mißbräuchlicher Rechtsausübung.

Eine andere Frage ist die, als was sich die Verwirkung formal- und materiellrechtlich darstellt. In dieser Beziehung ist der bereits oben[406]) angedeutete Gedanke zu vertiefen, wonach der Begriff der Rechtsausübung zwangsläufig zum Begriff des Rechtsmißbrauchs hinführt. Es war gesagt worden, daß der Sinngehalt eines jeden Rechts nicht so sehr im Bestand des Rechts als solchem, als vielmehr in der Rechtsausübung zu erblicken sei, daß die mißbräuchliche Rechtsausübung als Negation der Rechtsordnung erscheinen müsse, und daß das Wesen der Verwirkung daher in nichts anderem als in einem mißbräuchlichen Verhalten bestehe. Diese Feststellung erfordert keine besondere konstruktive Arbeit, sofern man die methodologisch grundlegenden Lehrsätze, wie wir sie im Laufe dieser Arbeit in Anerkennung des neuen Rechtsdenkens aufgestellt haben, befolgt. Was für ein Fall mißbräuchlichen Verhaltens uns aber in der Verwirkung gegenübertritt, ist damit noch nicht gesagt. Eine Betrachtung des Schrifttums zeigt, daß hier die mannigfaltigsten Ansichten vertreten sind. Bald sieht man in ihr einen Fall der sogenannten exceptio doli, und zwar der exceptio doli generalis[407]), oder man erblickt in ihr einen Fall des „venire contra factum proprium"[408]) oder von „widerspruchsvollem Verhalten", andere lehnen dogmatisch und rechtspolitisch das Bestehen eines allgemeinen Einwands unzulässiger Rechtsausübung ab, leugnen überhaupt die konstruktive Möglichkeit einer einheitlichen Verwirkung[409]) und vertreten die Auffassung, daß lediglich die uns längst bekannten Grundsätze über das Verbot sittenwidrigen Verhaltens und die Vorschriften über die Schikane zur Anwendung zu gelangen haben. Was man „Verwirkung" nenne, sei in diese Begriffe aufzulösen, „nur in dieser Ausgestaltung darf das Wort Verwirkung gebraucht werden, nämlich als Ergebnis, nicht als Begründung[410]). Am konsequentesten hat sich Siebert mit dieser konstruktiven Frage beschäftigt und in u. E. überzeugender Weise dargetan, daß man dem hier vorliegenden Problem nur gerecht werden kann, wenn man über die Einzelheiten und gelegentlichen positiven Bestimmungen des Gesetzes

406) Seite 77 ff.
407) Tschischgale § 14 mit weiteren Literaturnachweisen.
408) Riezler a.a.O. S. 119, 120; Tschischgale S. 65 u. viele andere.
409) So z. B. Fischer S. 47, Elster S. 67, 68 ff. Schumann S. 96
410) Fischer S.47; s. auch Baumbach a. a. O. S. 254 u. Komm. z. HGB. S. 473.

hinaus das eigentliche Wesen des Rechtsmißbrauchs erforscht, und einem gegenwärtigen Bedürfnis entsprechend zur Erkenntnis eines allumfassenden Grundbegriffs verstößt, der nicht in Einzelbestimmungen seinen Wesensgehalt findet, sondern in einer totalitären Erfassung der volksgenössischen Pflichtenstellung überhaupt[411].

Es ist daher erforderlich, in kurzen Strichen das Wesen des Rechtsmißbrauchs unter besonderer Berücksichtigung der Siebert'schen Arbeiten kritisch zu beleuchten. Dabei wollen wir uns stets dessen bewußt sein, was wir auf dem Boden der heutigen Rechtslehre im Laufe dieser Arbeit bereits über das Verhältnis von Recht und Rechtsausübung, über das Wesen der Dynamik im Recht und über das Wesen völkischer Rechtsauffassung gesagt haben.

### c. Das Wesen des Rechtsmißbrauchs.

Im bisherigen Recht hat man nur gelegentlich und von Fall zu Fall von unzulässiger Rechtsausübung gesprochen. Es waren vor allem Vorschriften wie die §§ 226 und 826 BGB, in denen der Gesetzgeber darauf hinweist, daß unter den gegebenen Voraussetzungen die Rechtsausübung unzulässig sein solle. Noch völlig unbekannt war der Gedanke, daß der Rechtsmißbrauch ein weltanschaulich bedingter, genereller, alle Gebiete und Lebenslagen umfassender Grundbegriff deutschen Rechtsdenkens bildet. Dies muß heute umso befremdlicher erscheinen, als bereits ausländische Staaten, vor allem Frankreich und die Schweiz, hier zu Erkenntnissen vorgestoßen waren, die dem Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches noch fremd waren.[412] Daß die Vorschrift des § 226 BGB viel zu eng gefaßt war, sodaß ihr praktisch nur geringe Bedeutung zukam, ist seit jeher ebenso allgemeine Meinung gewesen, wie es unbefriedigend war, wenn lange Zeit hindurch in der Lehre zum § 826 BGB behauptet wurde, er enthalte einen Gegensatz zum § 226 BGB, oder er bringe den grundlegenden Gegensatz von Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit zum Ausdruck.[413] Die beiden

411) Grundlegend sind hier die beiden Siebert'schen Arbeiten, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934 und: Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs in Grundfr. der neuen Rechtsw. 1935, S. 189 ff.

412) Vgl. hierzu die aufschlußreichen Untersuchungen Siebert's in „Verwirkung" usw. S.30 ff., S. 36 ff. und vor allem die Wiedergabe der Lehre von „abus des droits" a.a.O. S. 68 ff.; ferner Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs a.a.O. S. 189 Anm. 5, S. 205 u.a.m.

413) Noch heute vertreten diese Ansicht: Oertmann Komm. z. § 826 BGB, Erl. 1 und Planck, Komm. z. § 826 II 3b γ. Ferner: Fromherz, Haftpflichtrecht 172.— Richtig dagegen Gierke, Dt. Privatrecht III 898 u. RG. 58, 514 u. 101, 325 und RGRK. zu § 826 Erl. 1.

hier erwähnten Vorschriften waren aber immerhin zwei allgemeine Bestimmungen des Privatrechts über die Unzulässigkeit der Rechtsausübung, und wenn auch die praktische Seite dieser Regelung im allgemeinen nur darin gefunden wurde, daß § 226 BGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB erachtet und, ganz ähnlich wie im § 826 BGB, als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch anerkannt wurde, so war doch im Unterbewußtsein schon der Gedanke lebendig, daß der Gesetzgeber hier ein rechtsmißbräuchliches Verhalten des formal Berechtigten treffen wollte.[414] Im übrigen kennt das BGB den Begriff des Rechtsmißbrauchs nur noch im Ehe- und Familienrecht (§ 1353 Abs. 2, § 1354 Abs. 2, 1357 Abs. 2, 1358 Abs. 2, § 1666), der Sache wohl auch beim gegenseitigen Vertrage (§ 320 Abs. 2 BGB), beim Kauf (§ 459 Abs. 1 S. 2) und bei den Grunddienstbarkeiten (§ 1020 BGB).[415] Der tiefere Grund, weshalb weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung und Wissenschaft bisher zur Erkenntnis der Notwendigkeit einer allgemeinen Lehre vom Rechtsmißbrauch gelangt sind, liegt, wie Siebert[416] zutreffend nachweist, in der von uns bereits dargelegten Fehlauffassung der liberalistischen Rechtslehre vom Wesen des subjektiven Rechts. Solange man eben nicht die Pflichtenstellung des Volksgenossen als das Primäre in der Rechtsbeziehung Staat - Individuum in den Vordergrund einer systematischen Grundlegung des Rechts stellte, war es nicht möglich, den Rechtsmißbrauch als grundlegenden Zentralbegriff anzuerkennen. Rechte und Pflichten dürfen nicht systematisch getrennt, sie müssen im Wege der Synthese zum Einheitsausdruck völkischen Rechtslebens in der Sphäre des Einzelnen erhoben werden. Wichtig ist immerhin der schon von aller Abstraktion losgelöste Hinweis Otto von Gierkes[417] auf die germanische Weltanschauung sowie auf die allein richtige monistische Betrachtungsweise. Auch nach Inkrafttreten der Weimarer

414) Im Bereiche der Eigentumslehre war das Mißbrauchsverbot wegen der sozial gebundenen u. pflichtbeschränkten Eigentumsauffassung des deutschen Rechts schon seit den Zeiten der Weimarer Verfassung mehr in den Vordergrund gerückt worden. Vgl. z. B. Böhmer, Einführung S. 71, S. 18, 19 und andere Stellen. — Ferner: Enneccerus III (Sachenrecht): § 51 III–V; Wolff, Reichsverfassung u. Eigentum S. 7 ff. u.a.m.

415) Eine erschöpfende Zusammenstellung soll hier nicht gegeben werden. S. hierzu Planck, Knoke zu § 226 BGB.

416) Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs S. 193.

417) Vorbildlich hat er bereits in seinem Werk: Die soziale Aufgabe des Privatrechts 1889 S. 20 darauf hingewiesen, daß nach germanischer Auffassung jedes Recht eine immanete Schranke hat, die durch die Pflichtenstellung des Individuums geboten ist.

Verfassung ⟨Art. 153⟩ verharrte man trotz der schon beachtenswerten Versuche einer Auflockerung unseres Eigentumsbegriffs dem Grunde nach immer noch in der Vorstellung, daß der Eigentumsinhalt durch öffentlichrechtliche soziale oder private Schranken von außen her eingeengt sei, wenn auch nicht übersehen werden soll, daß im Gebiet des Eigentumsrechts sich vielleicht zuerst der Durchbruch der Auffassung von der institutionellen Selbständigkeit des Rechtsmißbrauchs begrifflich vollzogen hat[418]⟩. Besonders verdienstlich ist es nun, daß Siebert die Konsequenz gezogen hat, in diesem Zusammenhange auszusprechen, daß die heutige Verwendung der „exceptio doli generalis" als rechtskonstruktives Gebilde verfehlt ist. Diese allgemeine Lehre des Rechtsmißbrauchs ist, wie Siebert[419]⟩ sagt, in zunächst verdeckter Form von der Seite der Generalklauseln[420]⟩ her gekommen. Im Mittelpunkt dieser Bewegung stand nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch in der Lehre die sogenannte exceptio doli, die allgemeine Einredearglist, die seit längerer Zeit ein „Sammelbegriff", eine Verlegenheitslösung und eine Art „Sicherheitsventil" war, womit die Rechtsprechung „allerlei wünschenswerte Ergebnisse zu erklären suchte"[421]⟩.

In der Tat bildete die ganze Lehre der exceptio doli generalis nicht nur, wie Siebert meint, ein dogmatisch undurchsichtiges Sammelargument, sondern sie widersprach der längst zum Durchbruch gekommenen Denkweise des gebildeten deutschrechtlichen Schrifttums, das stets betont hat, daß wir im deutschen Recht nicht aktionenrechtlich, sondern weltanschaulich denken. Die historische Tradition der römischen exceptio doli wäre kein Argument für ihre heutige Ablehnung gewesen[422]⟩. Warum sollte man nicht ein weltgeschichtlich bedeutsames Institut jetzt noch verwenden, wenn es dem Rechtsdenken des deutschen Volkes gemäß gewesen wäre? Aber der besonders durch die Rechtsprechung der höchsten Gerichte entwickelte und durch die Auslegung der §§ 826 und 242 BGB fort-

418⟩ Vgl. hierzu das von Siebert a.a.O. erwähnte Schrifttum S. 196,195, insbes. Anm. 13, 15 u. 16, und oben S. 106 Anm. 414.

419⟩ a.a.O. S. 196.

420⟩ Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln 1933; Huber, Neue Grundbegriffe S. 185 ⟨über die Bedeutung der Generalklauseln für das neue Verwaltungsrechtsdenken⟩.

421⟩ Siebert a.a.O. S. 136.

422⟩ Kreller § 9 S. 47, 48; Windscheid ⟨Kipp⟩ I § 47, § 101 Anm. 6; Sohm § 53 S. 338; Enneccerus I § 208 III, 2; Wendt a.a.O. S. 1 ff. Ueber die Bedeutung der exceptio doli generalis im Wechselrecht und ihre Ueberwindung durch das neue Wechselgesetz ⟨Art. 17⟩ v. 21. II. 1933 vgl. Rilk, Komm. Art 17, Abschn. 2 Nr. 1–3.

entwickelte auf das moderne Recht zugeschnittene Begriff der exceptio doli generalis war bei tieferer Erfassung des hier schlummernden Problems nicht nur zu einer bloßen Hilfskrücke, zu einem unzulänglichen Versuch geworden, der eigentlichen Schwierigkeiten Herr zu werden, sondern er war eine Erscheinung, die die Gefahr in sich trug, die tiefere Erkenntnis vom Wesen des Rechtsmißbrauchs dauernd zu verdunkeln[423]. Siebert spricht davon, daß infolge der außerordentlichen Entwicklung der Rechtsprechung zu den angeführten Gesetzesvorschriften[424] die exceptio doli generalis einen immer größeren Anwendungsbereich gefunden und sich dadurch immer dringender die Notwendigkeit ergeben hätte, „dieses beinahe unheimlich gewordene Gebilde einmal klar zu erfassen." Es ergab sich die Notwendigkeit, „den sachlichen Gehalt" dieser „Einrede", die hinter ihr verborgenen Rechtsgedanken, ihren Tatbestand und ihre Rechtsfolgen näher zu erforschen.

Daß dies aber nur auf dem Boden einer völlig neuen Einstellung über Grundfragen, Wesen und Natur des subjektiven Rechts, der Rechtsausübung, über das funktionale Element des subjektiven Rechts und über die Stellung des Einzelnen zur Gemeinschaft möglich war, haben wir oben gezeigt. Das Ergebnis dieses Wandels der Rechtsauffassung[425] ist darin zu erblicken, daß heute mit dem aktionenrechtlichen Begriff der exceptio doli generalis deshalb nichts mehr erklärt werden kann, weil in den Fällen eines Rechtsmißbrauchs das Unzulässige konkreter Rechtsausübung der Rechtsbetätigung als solcher immanent ist, ihr wesensmäßig angehört, und weil die Rüge der Unzulässigkeit der Rechtsausübung sich nicht mehr als eine der Verfügung des Anspruchsgegners unterworfene Befugnis darstellt, die im Fall eines Einredeverzichts die Illoyalität der Handlungsweise des Anspruchsberechtigten unberührt lassen würde. Es kann daher nicht entschieden genug betont werden, daß nach heutiger Auffassung die Einrede der Arglist als Gebilde des aktionenrechtlichen Denkens kein geeignetes Mittel mehr ist, arglistiges d. h. unanständiges Verhalten zu rügen. Arglist, Schikane, Sittenwidrigkeit, Illoyalität sind Verhaltensweisen, die die Allgemeinheit angehen und die Sauberkeit des völkischen Rechtslebens überhaupt berühren, die also nicht dem Einzelnen überlassen bleiben

423) Dies zeigt sich z. B. in der Darstellung der exceptio doli generalis bei Enneccerus I § 208 III, 2.

424) Vgl. hierzu z. B. die Einrede der allgemeinen Arglist in der Lehre vom Scheinkaufmann: RGZ. 89, 163. Näheres bei J. von Gierke, Handelsrecht S. 69.

425) Vgl. hierzu besonders Huber, Neue Grundbegriffe S. 149:

können und seiner privaten Auffassung und Entscheidung unterliegen.[426] Es ist heute auch nicht mehr angängig, auf diese sogenannte Einrede der Arglist zu verzichten, da die Volksgemeinschaft in allen Fällen arglistigen Verhaltens einer Person ein vitales Interesse daran hat, dasselbe zurückzuweisen und es gebrandmarkt zu sehen. Wir dürfen niemals vergessen, daß alles Recht im „Volk wurzelt",[427] nicht in der Freiheit des Individuums.[428] So gesehen, gibt es heute gar keinen Anwendungsfall des exceptio doli mehr, weil schon die Rechtsausübung a priori mißbräuchlich und daher unzulässig ist. Deshalb hat auch der Richter das arglistige Verhalten einer Partei, sobald es ihm prozessual[429] bekannt wird, von Amtswegen, nicht nur auf Einrede hin, zu berücksichtigen. Er hat von sich aus bereits ein derartiges Verhalten sachgemäß zu würdigen, weil hier im geltendgemachten Recht selbst die Elemente zu Tage treten, die die Durchsetzbarkeit dieses Rechts ausschließen. Der Einredebegriff als solcher hat heute — auch prozeßtechnisch — überhaupt nur noch da Bedeutung, wo rein individuelle Interessen d. h. rein persönliche Fragen der Partei auf dem Spiele stehen, deren Berücksichtigung gemäß dem Willen des Gesetzgebers nur dann geboten erscheint, wenn dem Träger des individuellen Interesse die Verfügung über das konkrete Recht eingeräumt ist. Siebert hat daher vollkommen recht, wenn er[430] zu der Feststellung gelangt, daß man von einer Einrede der Arglist im Sinne eines einheitlichen systematischen Begriffs nicht mehr sprechen kann.[431] [432]

426) Vgl. hierzu Gieseke in „Deutsche Landesreferate zum II. Intern. Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937", Sonderheft der Ztschr. für Ausl. und Internat. Privatrecht 1937 S. 392 ff. Krause ebenda S. 408 ff. Seydel ebenda S. 189 ff. Siebert ebenda S. 199 ff.

427) Rosenberg in Ztschr. d. Ak. f. D. R. 1937 Heft 20/21 S. 610; Huber a.a.O. S. 150/151 u.a.m.

428) Es ist daher viel zu eng, Treu und Glauben stets nur als Verkehrsprinzipien zu betrachten, z. B. Kohler I S. 535, und die meisten bisherigen Lehrbücher des Bürgerl. Rechts.

429) Richtig Tschischgale § 18. Dort auch das zustimmende Schrifttum (S. 83 Anm. 2).

430) Verwirkung S. 57, s. auch S. 150/151.

431) Er sagt: Man solle „nur noch zur Kennzeichnung einer bestimmten rechtspolitischen Idee" von Arglisteinrede sprechen. In diesem Sinne schon: Siebert in J.W. 1931 S. 2384. ebenso Erdmann S. 19. Als systematischer Begriff sollte die exceptio doli generalis daher gänzlich verschwinden (Siebert a.a.O. S. 151).

432) Es ist daher hier auch belanglos, ob man in der Einrede als solcher ein Recht sieht, der Geltendmachung eines Rechts zu widersprechen (Wolff) z. B. § 1160 BGB — oder ein Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern (herrsch. Lehre), ob man sie als Gegenrecht oder sog. „negatives" Recht konstruiert, oder ob man ihr den Rechtscharakter ganz abspricht (z B. Henle, Allgem. Teil S. 354; Kohler, Zitelmann u.a.m.). Vgl. hierzu Eisser Art. Einrede in R vergl. Hdwb. Bd. VI, S.809. s. ferner unten unter V.

In diesem Geiste müssen aber auch die anderen oben bezeichneten Vorschriften des Gesetzes §§ 226,[433] 826[434] BGB), muß vor allem der § 242 BGB begriffen werden. Diese Vorschrift ist eine sozialethische Norm, die nicht nur in dem einen oder anderen Falle den Inhalt eines Forderungsrechts begrenzen kann, was ja unbestritten ist,[435] sondern die durch den Hinweis auf Treu und Glauben einen sozialethischen Maßstab darstellt, der nach der Idee des richtigen Rechts[436] ganz allgemein den Rahmen jeder an sich überhaupt zulässigen Rechtsausübung abgibt, somit Ausdruck des Verbots mißbräuchlicher Rechtsausübung schlechtweg ist.[437] Von Friedrich Giese[438] ist für den Art. 4 der Weimarer Rechtsverfassung das „Bild des allgemeinen dauernden Transformators" geprägt worden. Siebert[439] meint zutreffend, daß man auch den § 242 BGB als einen allgemein dauernden Transformator von richtigem Recht, als Idee in richtiges Recht als positives Recht bezeichnen könnte. Danach ist auch der Grundsatz von Treu und Glauben heute zu einem Ausdruck des Gemeinschaftsdenkens geworden und der § 242 BGB nur von diesem Blickpunkt aus für die Gegenwart wertvoll und für die Rechtspraxis unentbehrlich,[440] so weit nicht schon die neue Gesetzgebung über diese „historische" Rechtsnorm hinaus fortgeschritten und zu völlig neuen Rechtsgestaltungen gelangt ist.[441] Damit stimmt

433) Richtig Riezler in Rvergl. Hdwb. VI, 1 ff.

434) Vgl. RGRK. zu § 826, der in Erl. Nr. 5 behandelt „Mißbrauch" des Eigentums und anderer ausschließlicher Rechte (i), „Mißbrauch" der persönlichen Stellung (k), „Mißbrauch" einer Vertretungsmacht (l) und „Mißbrauch" der Dienststellung (m).

435) Siebert, Verwirkung S. 91).

436) So schon Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 53. Ferner derselbe, Lehre vom richtigen Recht, S. 330, 335; Hildebrandt: Erklärungshaftung S. 179.

437) So wird die früher zweifelhafte Frage, ob der Grundsatz des § 242 BGB auch für das Sachenrecht gilt, jetzt allgemein bejaht. Vgl. Höchstrichterl. Rechtspr. 1930 Nr. 488; Planck, Vorbem. z. Sachenrecht I, 5 S. 6; RG. 107, 88; JW. 1922, 1533. — Für das Hypothekenrecht ergibt sich dies ohne weiteres aus § 1137 BGB (RG. 147, 17). Der Grundsatz des § 242 BGB gilt aber auch gegenüber der Klage aus einer Grundschuld, auf die § 1137 BGB keine Anwendung findet. Siehe Planck zu § 1137 Erl. 3; v. d. Trenk in DJZ. 1934, 1241.

438) Die Verfassung des Deutschen Reichs, 8. Aufl 1930, Bem. 1 zu Art. 4.

439) a.a.O. S. 91.

440) Siebert in Hdwb. d. R. W. a.a.O. S. 768.

441) Wir verweisen in diesem Zusammenhange auf die Betriebsgemeinschaft nach dem A.O.G.; ferner auf das Reichserbhofgesetz, das neue Aktiengesetz, Patentgesetz, die Vollstreckungsschutzgesetzgebung usw.
Noch weiter geht Höhn, der von der Vorschrift des § 242 BGB überhaupt nichts wissen will, weil sie nur im Dienste einer im Grunde individualistischen Rechtsgemeinschaft angewandt werden könne. Vgl. hierzu Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft 1934 S. 64 ff. Zurzeit wird man — trotz des von Schlegelber-

auch überein, daß nach heutiger Auffassung jeder Vertrag eine Betätigung der Vertragspartner innerhalb der Volksgemeinschaft ist uns als Regelung von Lebensverhältnissen nur auf der Grundlage dieser Gemeinschaft und ihrer Ordnungen begriffen werden kann. Er verwirklicht ein Stück Gemeinschaftsordnung, seine Abwicklung und Lösung vermag daher auch nur nach den Grundsätzen dieser Gemeinschaftsordnung vor sich zu gehen.[442])

Aus diesen Gründen sind Ergebnisse, zu denen z. B. Fischer[443]) in seiner Abhandlung über die dogmatischen Grundlagen der Verwirkung gelangt, abzulehnen, insbesondere sind seine dogmatischen und rechtspolitischen Gründe, die ihn zur Ablehnung des Verwirkungsbegriffs als eines selbständigen Anspruchsendigungsgrundes gelangen lassen, wenig überzeugend. Seine Kritik der Verwirkungslehre vermag zu neuen Erkenntnissen vor allem deshalb nicht durchzudringen, weil er die heutige Bedeutung der Vorschriften der §§ 242[444]), 226[445]) und 826[446]) BGB verkennt. Auch die kritischen Bemerkungen Tschischgales[447]) zu den Ausführungen Sieberts sind in dieser Beziehung ungerechtfertigt, weil Tschischgale mit den unabweisbaren Folgerungen, die sich aus der unaufhörlichen Fortentwicklung des gegenwärtigen Rechts und aus dem dadurch bedingten Umbruch unseres heutigen Denkens ergeben, nicht Ernst macht, sondern auf halbem Wege stehen bleibt. Er rügt, daß Siebert in dem Bestreben, von der Konstruktion der römischen exceptio doli generalis wegzuführen, zu weit gehe. Man muß Tschischgale ent-

---

ger geprägten Wortes vom „Abschied vom BGB" — noch der Ansicht Siebert's: Vom Wesen usw. S. 200 folgen können. Er meint, daß auch für die Gegenwart der § 242 BGB die Kraft zu konkreter gemeinschaftsmäßiger Gestaltung hat Seine Nachweisungen a.a.O. S. 205 ff. u S. 210 sind überzeugend. Unbefriedigend Stoll, der a.a.O. S. 211 die Fälle treuwidrigen Verhaltens vom Rechtsmißbrauch als Spezialbegriff trennen will. Näheres hierüber s. unten III d)

442) Irrig Reuter in JW. 1935 S. 685. Zutreffend Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht S. 70 ff., 35 ff. Der Wille des Einzelnen findet nicht im Interesse der Allgemeinheit seine „Schranken", er kann sich vielmehr überhaupt nur in den Grenzen der Gemeinschaft bilden und entfalten: er kann rechtlich nur als Gemeinschaftsvorgang begriffen werden.

443) Siehe insbes. S. 37 ff., S. 39, 40, 52.

444) Vgl. Stoll, Vertrag und Unrecht II, S. 209 ff.

445) Vgl. hierzu Riezler Art. „Rechtsmißbrauch und Schikane" in Rvergl. Hdwb. Bd. VI, S. 1 ff. mit Schrifttum.

446) Für Fischer ist die exceptio doli generalis ein nach wie vor positiv zu erfassender durchaus wie in der Vergangenheit zu beurteilender Begriff, dessen systematische Stellung entscheide (a.a.O. S. 39) und der keinen allgemeinen Einwand jeder Unbilligkeit rechtfertige.

447) a.a.O. besonders S. 73 ff.

gegenhalten, daß man in diesem Bestreben aus zwingenden Gründen heute nicht weit genug gehen kann, man läuft sonst Gefahr, die Geschlossenheit der Rechtsordnung und dadurch die Einheitlichkeit des konstruktiven Denkens aufzuheben[448]).

Auf dem Boden der bisherigen Feststellungen bedarf es daher nur noch der Prüfung, ob das Wesen des Rechtsmißbrauchs in einer jeweiligen Erweiterung oder Einschränkung des Rechtsinhalts zu erblicken ist, oder ob dieser neue Grundbegriff unseres Rechts nur die Rechtsausübung, die Rechtsbetätigung betrifft. Auch über dieses Problem gibt uns Siebert[449]) klare Auskunft. Es muß gesagt werden, daß wir ihm und denjenigen Schriftstellern, die gleicher Ansicht wie er sind,[450]) in dieser Frage nicht Gefolgschaft leisten können. Siebert meint, daß die Ueberwindung der bisherigen Lehre von den „Schranken" der Rechte zu der Folgerung nötige, daß das, was vom individualistischen Standpunkt aus wesensfeindliche Einschränkung des Rechtsinhabers darstelle, vom Gemeinschaftsdenken her wesensnotwendige Gestaltung des Rechtsinhalts sei. Werde aber der Rechtsinhalt durch die Gebote moralischen und rechtmäßigen Tuns gekennzeichnet und seien die im Gemeinschaftsdenken verkörperten Begriffe „Treu und Glauben" und „gute Sitten in Stärke und Richtung verschieden, so folge daraus die Notwendigkeit der Anerkennung konkreter Bedingtheit oder der „Relativität" des Rechtsinhalts[451]). Nach Siebert ist diese Relativität des Rechtsinhalts eine Folge der konkreten Ordnungs- und Rechtsgestaltung. Diese Relativität habe nichts zu tun mit dem Begriff, wie er uns aus den Jahren des Verfalls „als Folge einer Vielheit der Standpunkte für alle Erkenntnisse" bekannt geworden sei, vielmehr gehe es, so meint Siebert, „um die grundsätzliche Erkenntnis einer durch das Maß der politischen Verantwortung bestimmten konkreten Gestaltung jedes Rechtsinhalts, dessen Ursache und Ziel der einheitliche Gedanke der völkischen Ordnung und Gemeinschaft" sei. Diese Relativität der Rechte findet Siebert in französischen

448) Ueber den Vorwurf unzulässiger Relativierung der Rechte, den Tschischgale (a.a.O. S. 73) und Fischer (S. 38) erheben, s. auch unten S. 113 ff.

449) Vom Wesen usw. S. 201.

450) Stoll, Vertrag und Unrecht II § 52, S. 209 ff. Lehmann in JW. 1936 S. 2196; Rotondi, L'abuso di diritto 1923 und Savigny Zeitschr. Rom. Abt. 47, 425 ff.; vgl. ferner: Rüdy, Rechtsmißbrauch 1934; Müller-Erzbach, Wohin führt usw., S. 67 ff., RG. 146, 385; 150, 242; RAG. 15. 368.

451) Siebert, Vom Wesen usw. S. 202.

Vorbildern, wie sie in der Lehre vom abus des droits, derzufolge „cesse le droit où l'abus commence", niedergelegt ist[452]).

Da der Rechtsinhalt nach dieser Lehre erst bei seiner bestimmten Ausübung im Einzelfalle sichtbar wird, wird in den Fällen der Rechtsüberschreitung die betreffende Ausübungshandlung von dem Rechtsinhalt nicht mehr gedeckt. Und diese Fälle der verdeckten in concreto sichtbar werdenden Rechtsinhaltsgestaltung bilden die eigentümlichen Fälle des Rechtsmißbrauchs. Die mißbräuchliche Ausübung sei zwar in Wahrheit keine Ausübung, aber doch eine „scheinbare" Ausübung des Rechts. Die Ausdrücke „Rechtsmißbrauch" und „unzulässige Rechtsausübung" seien ihrem Wortsinn nach nicht richtig, sie bildeten eine „logomachie",[453]) da ja das Recht nicht gebraucht, sondern überschritten werde. Aus dem Grundsatz der einheitlichen und konkreten Gestaltung aller Rechte und aus dem Postulat von der Einheit der Rechtsordnung folge aber, daß der Rechtsmißbrauch sich in Wahrheit doch als Rechtsüberschreitung darstelle, denn „allein die Erkenntnis vom Wesen des Rechtsmißbrauchs lasse die konkrete Gestaltung der Rechte voll sichtbar werden und verwirkliche so unmittelbar die Pflicht- und Zweckgebundenheit der Rechte in ihrem Inhalt. Damit leiste die Lehre vom Rechtsmißbrauch einen besonderen für das gegenwärtige BGB geradezu unersetzlichen Dienst".[454])

U. E. verdunkelt Siebert in seiner Darstellung den begrifflichen Gegensatz von Recht und Rechtsausübung und setzt sich so in unnötiger Weise dem vielleicht berechtigten Vorwurf aus, daß seine Lehre von der Relativität der Rechte zu nicht ganz befriedigenden und nach heutigem Rechtsdenken vollkommenen Ergebnissen führe. Nicht das subjektive Recht, der konkrete Rechtsinhalt ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs relativ, erst die Verwirklichung des Rechtsinhalts unterliegt jener notwendigen Einengung, die der Mißbrauchsgedanke erheischt. Der Begriff des Rechtsmißbrauchs will nur die Ausübung des Rechts bzw. seine Geltendmachung treffen, nicht das Recht oder die Rechtsidee selbst. Von der Rechtsbetätigung aus allein kann die Relativität entwickelt werden, nicht aber

452) Vgl. hierzu Paniol-Ripert: Traité élementairie 1932 S. 298; ferner Jesserant: De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits 1927 u.a.m.; Siebert a.a.O. Anm. 2 u. Anm. 33; ferner derselbe, Verwirkung S. 73, 90 u. 97; vgl. auch Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 2.

453) Paniol-Ripert: Traité pratique des droits civils francais VI 1930 S. 785.

454) Siebert a.a.O. S. 205 und jüngst noch in JW. 1937 S. 2495.

vom Inhalt des Rechts aus. Schließlich kann man ja nicht unser ganzes Rechtsdenken, soweit es logisch fundiert ist, ins Wanken bringen und die Absolutheit des Individualrechts als Rechtskategorie leugnen. Wo bleibt die Richtigkeit unseres logischen Denkens, wenn der Begriff des Rechts „in abstracto" je nach dem Einzelfall mehr oder weniger zweckbegrenzt wird? Dies hieße, den abstrakten Rechtsbegriff überhaupt aufopfern. Das wäre das Ende wissenschaftlicher Arbeitsweise. Siebert lehrt den Satz, daß das Recht des Einzelnen inhaltlich begrenzt ist, weil seine Ausübung andernfalls gemeinschaftswidriger Mißbrauch wäre. Richtig muß der Satz aber umgekehrt dahin lauten: Obwohl dem Gläubiger das beanspruchte Recht grundsätzlich zusteht, darf er es nur in den Grenzen ausüben, die ihm gemäß der Pflichtenordnung der Gemeinschaft gezogen sind. Andernfalls liegt Rechtsmißbrauch vor.[455] Auch praktisch führt unsere These allein zu brauchbaren Ergebnissen. Erbringt der Schuldner dem Gläubiger die geschuldete Leistung in einem Falle, in dem die Geltendmachung der Forderung rechtsmißbräuchlich wäre, so kann gegen die Wirksamkeit der Schulderfüllung auch nach heutiger Auffassung nichts eingewendet werden. Die Allgemeinheit dürfte, sofern der Schuldner volle Kenntnis von der Bedeutung der Sachlage in concreto hat, gegen die in vollem Bewußtsein von ihm herbeigeführte Schuldtilgung nichts einzuwenden haben. Rechtsinhaltlich ist ordnungsgemäß geleistet worden. Würde der Gläubiger dagegen die Forderung dem Schuldner gegenüber geltend machen, so würde in dieser Inhaltsverwirklichung seines Rechts ein rechtsmißbräuchliches Vorgehen zu erblicken und sein Anspruchsbegehren zurückzuweisen sein. Findet sich der Verkäufer, der sich dem wandelnden Käufer gegenüber sofort zur Beseitigung des Mangels erboten hat,[456] mit der Wandlung ab, so ist dagegen nichts einzuwenden, der Käufer wandelt zu Recht. Nach Siebert müßte der Wandlungsanspruch wegen fehlenden Rechts abgewiesen werden.[457] Nicht anders würde im Bereich des Eigentumsrechts zu entscheiden sein, wenn jemand auf seinem Grundstück kraft des ihm zustehenden Eigentums ein Gebäude in offenbarer Absicht, den Nachbarn zu

455) Vgl. Lange, Boden, Ware und Geld 1937 S. 35 ff. u. an anderen Stellen. Vor allem auch für die Gegenwart überzeugend: Stammler, Richtiges Recht S. 330 ff., 362 ff. Ueber den Gegensatz „Rechtsbegriffe" und „Interessenbegriffe" s. Heck in Arch. ziv. Prx. 1936 Heft 2 S. 194 ff.

456) Beispiel von Stoll a.a.O. S. 211.

457) Ebenso Stoll a.a.O. Hinsichtlich der weiteren von ihm vorgeführten Beispiele gilt das gleiche. — Vgl. RG 133, 388.

schädigen, errichtet.[458]) Duldet der Nachbar den Bau und hat die Allgemeinheit kein Interesse an der Verhinderung des Baues bzw. an seiner Beseitigung, so wird der Rechtsinhalt des Eigentümers kraft des in Schädigungsabsicht vorgenommenen Bauens nicht verändert, das mißbräuchliche Verhalten des Eigentümers vermag das absolute Eigentumsrecht in seiner begrifflichen Herrschaftsnatur, auch in seinem Umfang, nicht zu verändern, zu „relativieren". Lediglich die in Schädigungsabsicht vorgenommene Verwirklichung des Inhalts des Eigentums unterliegt der Frage, ob hier ein Rechtsmißbrauch gegeben ist oder nicht. So erklärt sich auch, daß ein Rechtsgeschäft bzw. ein Vertrag zwar gegen die „guten Sitten", aber nicht gegen „Treu und Glauben" verstoßen kann. Man kann allerdings sittenwidrig und auch treuwidrig „handeln", aber der Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann nur „sittenwidrig", nicht „treuwidrig" sein. Dies liegt daran, daß der Begriff der Sittenwidrigkeit eine sowohl statische wie dynamische Funktion enthält, sodaß sowohl der Rechtsinhalt wie die Inhaltsverwirklichung des Rechts gegen die guten Sitten verstoßen kann. Der sozialethische Begriff „Treu und Glauben" gehört aber ausschließlich dem Bereich der Dynamik an, weshalb ihn das Gesetz auch im § 242 BGB behandelt. Seine Verwendung bei der Beurteilung des Rechtsinhalts eines Rechtsgeschäftes ist rechtslogisch ausgeschlossen. Als Wertmaßstab für den Inhalt eines Rechts schaltet der Begriff „Treu und Glauben" aus. Insofern ist den gegen Siebert geltend gemachten Bedenken Tschischgale's, Fischer's und anderer[459]) Recht zu geben, daß der Auffassung von der Relativität der Rechte bei dem derzeitigen Stande unserer Rechtsentwicklung, die ja noch in weitem Umfange von den Vorschriften des BGB beherrscht wird, entgegengetreten werden muß. Wenn Siebert in JW. 1937 S. 2496 gegen Krückmann ins Feld führt, eine Trennung von Ausübungsbefugnis und Rechtsinhalt sei nicht möglich, wenn man das subjektive Recht im Sinne einer konkreten „Rechtsstellung" auffasse, so irrt er, wie sich aus unseren Ausführungen oben S. 60 ff. über die Grundbegriffe Recht und Rechtsausübung ergibt. Siebert übersieht den gerade für die Gegenwart so wichtigen Gegensatz von Statik und Dynamik im Rechtsleben. So lange Gesetze in zahlreichen Vorschriften mit diesem gerade dem Leben entnommenen

458) Berühmtes Schulbeispiel zur französischen Lehre vom Unterschied zwischen „excès de droit", „acte abusif" und acte illicite"; siehe hierzu Siebert a.a.O. S. 204.

459) Krückmann in der Ztschr. für Handelsrecht S. 104, 105 ff.: Würdinger i. Arch. ziv. Pr. 143, 247.

Begriffspaar operieren, wird auch wissenschaftlich auf die hierdurch bedingten Konstruktionen nicht verzichtet werden dürfen. In diesem Sinne umfaßt der moderne Begriff der konkreten „Rechtsstellung" beide Perspektiven.[460] Daß ferner die deutschrechtliche Betrachtungsweise keine grundsätzliche Trennung von Ausübungsbefugnis und Rechtsinhalt kennt, wie Siebert sie annimmt, haben wir im geschichtlichen Teil unserer Arbeit nachgewiesen. Auch die von Würdinger vorgetragenen Bedenken gegen Siebert's Lehre von der konkreten Inhaltsbegrenzung der Rechte hat Siebert nicht zu zerstreuen vermocht. Würdinger hält Siebert entgegen, daß nach der Siebert'schen Auffassung derjenige Eigentümer, der seinen Wintermantel vernichtet, statt ihm dem WHW zur Verfügung zu stellen, „ohne Eigentum" handle, ebenso auch der Grundeigentümer, der seinen Acker aus Bequemlichkeit brach liegen läßt. Nach richtiger Rechtsauffassung trifft, wie Würdinger zutreffend bemerkt, den Eigentümer aber doch gerade deshalb die Pflicht zur volksgenössischer Verwertung, weil er pflichtgebundener Inhaber des Eigentums an den bezeichneten Sachen sei. Hier will Siebert von unzulässiger Rechtsausübung nichts wissen. Die den Eigentümer in dem Würdinger'schen Beispiel treffenden Rechtspflichten stellen sich — so meint Siebert — als positive Handlungspflichten dar, die durch die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung garnicht berührt werden. Erst wenn der Eigentümer entgegen seiner Pflichtenstellung Ansprüche gegen Dritte geltend machen wolle, trete der Gedanke unzulässiger Rechtsausübung in Erscheinung, eine Klage aus § 1004 BGB z. B. müßte der Abweisung verfallen. Dazu müssen wir sagen: Dies ist der schwächste Punkt der Siebert'schen Konstruktion. Wenn er seine eigene Lehre von der Unzulässigkeit mißbräuchlicher Rechtsausübung so aufgefaßt wissen will, wie sich dies aus den kurzen Bemerkungen[461] ergibt, so steht Siebert sich selbst im Lichte. Wie wir schon in längeren Ausführungen dargelegt haben, ist der hohe Wert des Rechtsmißbrauchsgedankens je gerade darin zu sehen, daß er allumfassenden Charakter hat, daß er gewissermaßen unbegrenzt ist, sodaß nicht nach Einschränkungen und Einengungen gesucht werden muß, sondern gerade umgekehrt nach Ausweitung dieser Idee. Auch führt Siebert's Methode zu einem Widerspruch mit dem Begriff der volksgenössischen Rechtsstellung, auf die sich Siebert ja selbst so häufig

460) Vgl. hierzu Larenz in Dt. R. W. 1936 S. 31 ff. und Huber in Ztschr. d. Staatsw. 96, 438 ff.

461) a.a.O. S. 2496.

beruft. Denn wenn dieser Rechtsbegriff ja gerade durch seinen totalitären Charakter ausgezeichnet ist, so gilt das in gleicher Weise von dem diesem Begriff immanenten Rechtsmißbrauchsverbot.

Schließlich verstößt, wie bereits erwähnt, Siebert gegen die Gesätze der juristischen Logik. Der Inhalt eines Rechts ist stets seine Substanz, seine Wesenheit, also Ausdruck eines Absoluten, Unbedingten. Eigentum im Rechtssinne ist und bleibt stets Eigentum, man mag es rechtmäßig oder rechtswidrig ausüben. Entsprechendes gilt von allen anderen Rechten. Daher sind „Recht" und „Rechtsinhalt" identisch. Rechtsüberschreitung ist gemeinschaftswidriges Betätigen der Rechtssubstanz, des Rechtsinhalts, weil die Pflicht zu gemeinnütziger Eigentumsausübung besteht, nicht aber weil der Rechtsinhalt, wie Siebert[462]) sagt, „konkret bedingt" oder „relativ" ist.

Damit glauben wir, nachgewiesen zu haben, daß die Siebert'sche Konstruktion von der inhaltlichen Begrenzung des konkreten Einzelrechts unhaltbar ist. Doch vermag dies den wertvollen Erkenntnissen der Siebert'schen Untersuchungen an sich in keiner Weise Abbruch zu tun[463]).

Wir müssen uns darüber klar sein, daß dieser zentrale Begriff des Rechtsmißbrauchs nicht nur in den einzelnen Fällen seine Bedeutung zeigt, in denen das BGB und seine Nebengesetze — vom öffentlichen[464]) Recht ganz zu schweigen — treuwidriges Verhalten eines Rechtssubjektes als hinreichenden Grund für den Eintritt von Rechtsnachteilen bestimmter Art erachtet. Vielmehr ist zu beachten, daß auch ohne positive Einzelvorschrift der Grundsatz vom Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung allgemein da zu gelten hat, wo das hinter dem positiven Gesetz stehende Recht[465]) treuwidriges Han-

462) a.a.O. S. 202, 203.

463) Gleiches gilt von der Darstellung, die Stoll S. 210, 211, diesem Problem widmet.

464) Hier fehlen namentlich für das Gebiet des Verwaltungsrechts noch Einzeluntersuchungen, die die jüngste Entwicklung berücksichtigen.

465) Dies verkennen hinsichtlich der Verwirkung alle diejenigen Schriftsteller, die die Verwirkung als „ungesetzliches" Gebilde ablehnen. Uebersicht bei Tschischgale S. 14, Anm. 2. Wenn immer noch vielfach die Auffassung besteht, weil ein Gebilde positivrechtlicher Spezialregelung entbehre, fehle ihm „jegliche Rechtsgrundlage", so läßt dies erkennen, daß der Wandel vom „hohlen Gesetzesstaat" zum heutigen „Rechtsstaat" (Lange in „Recht und Staat" 1934) noch nicht überall richtig verstanden wird. Vgl. hierzu besonders überzeugend: Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht S. 40; C. Schmitt, Der Rechtsstaat in Frank, Nat. soz. Hdb. 1935 S. 28 ff.; S. 32 u.a.m. S. ferner oben Teil III dieser Arbeit S. 39 ff. Verfehlt Tschischgale, wenn er — § 3 — die RG-Entscheidungen auf ihre „Normativität" hin prüft.

deln als unzulässig ablehnt. Siebert weist[466] zutreffend darauf hin, daß auch ohne Eingriff des Gesetzgebers die Einheit vom Recht und Pflicht, die vom Gemeinschaftsgedanken und von der Stellung des Volksgenossen her begründet sei, gegenüber früheren Ergebnissen, die vom Trennungsdenken beherrscht gewesen seien, zu der Auffassung führe, die heute als unzweifelhafter Fortschritt unserer Rechtsentwicklung bezeichnet werden müsse.

Es ist im Rahmen dieser Untersuchung gewiß nicht möglich, die fast unübersehbare Fülle der hierher gehörigen Tatbestände aufzuzählen, durch die im Rahmen unserer Untersuchung über die Bedeutung der Lehre vom Rechtsmißbrauch ihre Richtigkeit unter Beweis gestellt wird. Es mögen außer den bereits im Laufe dieser Abhandlung erwähnten Fällen aber wenigstens noch einige Beispiele angeführt werden, sie uns zeigen sollen, daß im Einklang mit der Rechtsprechung der höchsten Gerichte der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot des „venire contra factum proprium" oder der Satz von der Unzulässigkeit unbilligen bzw. unzumutbaren Verhaltens einer Person ihre tiefere Bedeutung erst in dem unserer ganzen Rechtsordnung immanenten Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung finden. Der Rechtsmißbrauchsgedanke, der nicht weit und allumfassend genug aufgefaßt werden kann, überdeckt alle diese in einheitlicher Gedankenrichtung sich bewegenden Prinzipien, Normen und Richtsätze.

Daß nach § 157 BGB Verträge[467] so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfordern, beruht darauf, daß andernfalls die Möglichkeit rechtsmißbräuchlicher Ausübung vertraglicher Rechte bestünde. Dies ist der wahre Grund dafür, daß nach der jetzt allgemein geltenden Rechtsprechung des Reichsgerichts der § 157 BGB den Richter ermächtigt, Verträge nach dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben notfalls zu ergänzen[468]. So bietet der § 157, richtig angewandt, eine brauchbare und erfreuliche Handhabe, rechtsmißbräuchliche Vertragsbetätigung auszuschalten und den Geboten der Billigkeit zum Siege zu verhelfen. Die Judikatur hat in sorgfältigster Weise die Gesichtspunkte, die Maßstäbe und den Rahmen angegeben, innerhalb dessen der

466) Vom Wesen S. 213.

467) Hierzu jetzt Larenz, Vertrag und Unrecht I 1936 S. 31 ff., 85 ff., 142 ff. — Wieacker in Dt. R. W. 1937, 3 ff., Stoll a.a.O. S. 5—8 u. § 5 S. 15 ff.

468) RG. 87, 211, 92, 320, 421; Gruchot 54, 386, 61, 113; 100, 132; 136, 185.

Richter seine Befugnisse ausüben darf[469]). Zur Umänderung des Vertrages selbst darf dies natürlich nicht führen[470]); vielmehr bleibt der im Vertrage zum Ausdruck gekommene Parteiwille maßgebend[471]). Daß es feststehender Grundsatz ist, daß jeder Erklärende sich selbst beim Worte nehmen lassen und sich gefallen lassen muß, daß seine Erklärung verstanden wird, wie dies von der Allgemeinheit aufgefaßt wird, hat das RG. seit jeher anerkannt[472]). Für die Gegenwart gilt dies in erhöhtem Maße[473]). Dementsprechend hat auch jeder Teil die Erklärung des Gegners so gelten zu lassen, wie sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen ist[474]). Nur auf diese Weise wird jeglicher Mißbrauch in der Rechtsbetätigung der Vertragspartner von vornherein ausgeschaltet. Seinen Niederschlag findet dieser Grundsatz auch im § 116 BGB und im § 155 BGB[475]). Wenn das Gesetz hier, offensichtlich der Rechtssicherheit Rechnung tragend, den Erklärungsempfänger bzw. den Vertragspartner, der sich auf das Wort des Gegners verlassen hat, billigerweise schützt, so tut er dies nur deshalb, weil auch die geringste mißbräuchliche Rechtsausübung unterbunden werden soll[476]). Auch der Schutz Dritter gegen ein Scheingeschäft (§ 117) gehört hierher[477]). Daß die gesetzliche Fiktion der Vorschrift des § 162 BGB[478]), wonach jeweils nach dem treuwidrigen Verhalten der einen Partei der Eintritt der Bedingung bald als eingetreten, bald als nicht eingetreten behandelt wird, ihren eindeutigen Grund in dem Streben des Gesetzgebers nach Ausschaltung unzulässiger, weil mißbräuchlicher Rechtsausübung, findet, ist ebenso einleuchtend, wie sich das Verbot eines treuwidrigen venire contra factum proprium nur unter diesem Gesichtspunkt zwanglos erklären läßt[479]). Vorschriften, in denen — von den uns bekannten Fällen abgesehen — der Verkehrssitte richtunggebende Bedeutung beigelegt wird, —

469) RG. 79, 438; 88, 416.
470) RG. 87, 211; 136, 185. S. Stoll a.a.O. S. 82.
471) RG. Warneyer 1916 Nr. 157. — RGRK zu § 157 Nr. 1.
472) RG. 95, 53, JW. 1911 908.
473) RG. 126, 351; 147, 228; s. Stoll a.a.O. S. 78 ff.
474) RG. 105, 209; Gruchot 65, 595; Seuffert Arch. 77 Nr. 172, 79 Nr. 61.
475) Vgl. RGRK I Vorbem. 5 vor § 116; Note 1 zu § 116 und Note 2 zu § 155 mit zahlreichen Belegen
476) Ebenso der nach § 116 BGB zu beurteilende „Böse Scherz". Anders § 118; vgl. Planck Komm. I zu § 116 Note 1; RGRK Note 1 zu § 116.
477) Vgl. RG 90, 279; 95, 161, wo der Rechtsmißbrauch mit der exceptio doli generalis bekämpft wird. RGRK zu § 117 No. 1, Abs. 3.
478) Diese Vorschrift gilt entsprechend auch für das öffentliche Recht: Siehe RG. vom 6. 5. 25 III 303/24.
479) Vgl. auch Riezler: venire contra factum proprium 1912 S. 119/120.

man denke an § 151 BGB und § 346 HGB — wollen eine moralische und durch den anständigen Lebensverkehr gebotene Handlungsweise schützen und jeglichen Mißbrauch ausschließen; ein Handelsbrauch, der sich als Rechtsmißbrauch darstellt, darf nicht beachtet werden[480]. Nicht jede Moralwidrigkeit ist zugleich Rechtsmißbrauch; daß aber jeder Rechtsmißbrauch heute moralwidrig ist, steht fest.[481] Eine genügende positivrechtliche Stütze bieten hier die §§ 138, 226, 826 BGB; ihr tieferer Sinn wird erst durch die Erkenntnis dessen lebendig, was wir unter Rechtsmißbrauch verstehen[482]. Daß die meisten Fälle sittenwidriger Rechtsgeschäfte auf dem Mißbrauchsgedanken beruhen — z. B. die Knebelungsverträge, Wettbewerbsverbotsverträge, alle Verträge auf übermäßige Ausnutzung der Lage des wirtschaftlich Schwächeren durch den wirtschaftlich Stärkeren zum Schaden des ersteren oder Dritter usw. — zeigt ein Blick in das einschlägige Schrifttum[483]. Einprägsam ist in diesem Zusammenhange auch die Vorschrift des § 825 BGB. Hier wird im Rahmen der Regelung der Schadensersatzverpflichtung wegen Verführung einer Frauensperson neben den Mitteln der Hinterlist und Drohung auch vom Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses gesprochen und damit betont, daß das bloße Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht genügen soll, um die Haftpflicht zu begründen, es genügt auch nicht, daß das Anhängigkeitsverhältnis die Verführung erleichtert hat. Es muß eben ein wirklicher Mißbrauch des Verhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung geführt haben, wobei sich der Täter der Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung bei der Frauensperson durch die mißbräuchliche Betätigung des Abhängigkeitsverhältnisses bewußt gewesen sein muß[484]. Gegen Pflichtwidrigkeiten eines Vormundes hat das Vormundschaftsgericht, dessen Aufsicht die gesamte Tätigkeit des Vormundes und des Gegenvormundes unterliegt, durch geeignete Verbote und Gebote einzuschreiten. Im allgemeinen verlangt man hier

480) RG 48. 125. JW. 00 S. 856, 07, S. 60; L. Z. 22, S. 26 u.a.m. So auch Enneccerus (Nipperdey) 1 S. 38.

481) S. oben S. 77.

482) Vgl. hierzu das gesamte Schrifttum sowie Judikatur zu den angeführten Rechtsvorschriften. — Ueber die Arglisteinrede zu § 117 BGB wurde bereits oben S. 119/8 gesprochen.

483) Stoll a.a.O. S. 77: „Der Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung', bedeutet . . . „eine Entartung des Gebildes der allgemeinen Vertragsordnung."

484) Vgl. hierzu: Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand 1904 S. 503; O.L.G. 3, 210.

Verschulden des Pflichtigen, damit das Gericht vorgehen kann[485]. Richtiger Ansicht nach gehört aber auch rechtsmißbräuchliches Verhalten des Vormundes bzw. Gegenvormundes hierher, ohne daß Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Einzelfalle besonders vorzuliegen brauchen. Denn pflichtwidriges Verhalten ist nach heutiger Rechtsauffassung schon objektiv-rechtswidriges Handeln[486], wobei vielleicht nicht einmal ein besonderes Bewußtsein des Handelnden vom Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit zu fordern ist[487]. Diese Auffassung kann sich auf die einschlägigen Vorschriften des Gesetzes berufen. Gemäß § 1833 BGB ist der Vormund dem Mündel bei Pflichtverletzung nur verantwortlich, wenn ihm in Ansehung eines entstandenen Schadens ein Verschulden zur Last fällt. Das gleiche gilt von dem Gegenvormund. Gemäß § 1837 BGB hat dagegen das Vormundschaftsgericht gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes bzw. Gegenvormundes durch geeignete Verbote und Gebote einzuschreiten, ohne daß hier Verschulden wie im § 1833 BGB verlangt wird. Auch enthält das Gesetz keine Vorschrift darüber, daß sich der Vormund seiner Pflichtwidrigkeit bewußt gewesen sein muß. Gemäß § 1837 Abs. 2 BGB können unter denselben Voraussetzungen Ordnungsstrafen festgesetzt und es kann gemäß § 1886 der Vormund aus seinem Amt entlassen werden, wenn das Interesse des Mündels wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormunds durch die Fortführung des Amts gefährdet würde. Daraus ergibt sich zur Genüge, daß unter Umständen auch eine bloß objektive mißbräuchliche Amtsausübung, sofern sie nur eine Pflichtwidrigkeit darstellt, ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde rechtfertigt[488]. Noch unmittelbarer spricht das Gesetz das Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung aus, wenn es etwa im § 1666 BGB das Vormundschaftsgericht anweist, die zur Abwendung der dem Kinde drohenden Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn sein geistiges oder leibliches Wohl durch Mißbrauch des väterlichen Sorgerechts gefährdet, das Kind vernachlässigt wird, oder wenn sich der Vater eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht. Hier verlangt das Gesetz kein besonderes Verschulden in der Person des Vaters,

485) O.L.G. 37, 249, 40, 17; Entscheidungen in Angel. d. freiw. Gbkt. und des Grundbuchr., zugesammengest. im R.J.A. Bd. 6, S. 257.

486) Siber, Grundriß S. 95.

487) Das RG erkennt die Unzulässigkeit des Mißbrauchs gesetzlicher Vertretungsmacht an: RG 145, 315. Verschulden verlangt Siebert in Ztsch. f. d. ges. Strafr. Wiss. 95, 629.

488) Vgl. RGRK zu § 1837 Nr. 1 und zu § 1886 Erl. 1.

es genügt zum Einschreiten des Gerichts, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes objektiv mißbraucht[489]. Mißbrauch liegt z. B. in der Ueberschreitung des väterlichen Züchtigungsrechts[490], in übermäßiger Ausbeutung der Arbeitskraft des Kindes[491], auch in der Aufreizung gegen die Schulzucht[492] sowie im Zwang zu einem mißliebigen Beruf[493]. Aber auch Wegnahme der Kinder von der Mutter aus selbstsüchtigen (eigensüchtigen) Motiven[494], sowie ungehörige Einschränkung des persönlichen Verkehrs des Kindes mit seiner Mutter[495] gehören hierher. Hier eröffnet sich also dem Vormundschaftsgericht ein weites Feld vorbildlicher — auch erzieherischer — Maßnahmen zur Unterdrückung und Verhinderung mißbräuchlicher Rechtsausübung[496]. Aber auch sonst sind über das ganze Gesetz hin Fälle verstreut, die den Rechtsmißbrauchsgedanken klar zum Ausdruck bringen. Nach § 4, 2 letzter Satz BGB ist die Einwilligung des Gewalthabers zur Volljährigkeitserklärung einer minderjährigen Witwe deshalb nicht erforderlich, weil es als Mißbrauch seiner Personenfürsorge erscheinen müßte und unbillig wäre, die erstrebte Volljährigkeitserklärung am Widerspruch des Gewalthabers scheitern zu lassen. Ob dies im Falle einer minderjährigen geschiedenen Frau ebenso ist, mag zweifelhaft erscheinen, dürfte aber wohl zu bejahen sein[497]. Nach § 10 I S. 2 BGB teilt die Ehefrau den Wohnsitz ihres Mannes dann nicht, wenn der Mann ins Ausland gezogen ist und die Frau ihm nicht folgt, sofern sie ihm nicht zu folgen braucht, weil ein solches ehemännliches Verlangen sich als Mißbrauch darstellen würde. Einen solchen Mißbrauch könnte das Gesetz nicht dulden, daher die äußerliche Auflockerung der Ehegemeinschaftsbindung. Vom Mißbrauch fremden Namensrechts (§ 12 BGB) wurde bereits gesprochen. Der Vorstand eines Vereins vermag diesen nicht zu verpflichten, wenn er seine Machtstellung mißbraucht, insbesondere wenn er in arg-

489) RGRK. zu § 1666 Erl. 2 meint, die Verletzung der Sorgepflichten müsse derart sein, daß ihm dies „als Verschulden anzurechnen" sei. Davon steht aber nichts im Gesetz. — Richtig Blume, Komm. zu § 1666 Anm. 1.

490) Bayr. O.L.G. 1857.

491) O.L.G. 10, 1.

492) K.G. 33, 14.

493) J.W. 27 Nr. 37, 1.

494) R.G. in JW. 34, 2565.

495) R.G. 64, 52.

496) Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist weit; s. Komm. von Soergel, Opet und Blume, RGRK. Staudinger usw. zu § 1666.

497) RGRK. Note 3 zu § 4, anderer Ansicht dagegen Planck Note 4 zu § 4: Oertmann Note 2b zu § 4.

listigem Zusammenwirken mit einem Dritten einen Vertragsschluß tätigt, der einen gesetzwidrigen oder unsittlichen Zweck verfolgt[498]). In einem derartigen mißbräuchlichen Vorgehen kann gemäß § 27 BGB ein wichtiger Grund für den Widerruf der Bestellung des Vorstandes liegen; wird es sich doch regelmäßig als grobe Pflichtverletzung im Sinne des Gesetzes darstellen. Daß ein Vereinsmitglied das Mitgliedschaftsrecht nicht zum Nachteil des Vereins mißbräuchlich ausüben darf, gleichgültig ob die Vereinssatzung hierüber in concreto eine Regelung enthält oder nicht, ist heute anerkannten Rechts. Ebenso gestattet das Reichsgericht nach langem Schwanken neuerdings in der Frage der Ausschließung eines Mitgliedes aus dem Verein, daß sachlich nachgeprüft werden darf, ob nicht in dem Vorgehen des Vereins eine offenbare Unbilligkeit oder gegebenenfalls ein Verstoß gegen § 826 BGB zu finden ist[499]). Damit ist im Vereinsleben Deutschlands die seit jeher als wichtig empfundene Frage anerkannt, daß der Verein sich jeglichen Rechtsmißbrauchs in Bezug auf seine Souveränitätsrechte zu erhalten hat. Rechtsmißbräuchlich handelt auch, wer die Nichtigkeit eines von ihm abgeschlossenen Vertrages (§ 125 BGB) in der Absicht geltend macht, um für sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu erlangen[500]), oder wenn dies mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten sitten- und treuwidrig erscheint[501]). Macht der Empfänger einer Erklärung geltend, ihm habe die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung gefehlt, so liegt eine rechtsmißbräuchliche Berufung auf die Vorschrift des § 130 BGB vor, wenn er die Kenntnisnahme gefllissentlich oder mißbräuchlich gehindert hat. Gleiches gilt, wenn der Erklärungsgegner die Entgegennahme einer durch Fernsprecher zu erwartenden Annahmeerklärung durch sein Verhalten unmöglich gemacht hat: In allen diesen Fällen wird die Erklärung als rechtzeitig zugegangen zu betrachten sein bzw. muß die auf andere Weise verspätet zugegangene Erklärung als rechtzeitig zugegangen gelten[502]). Ferner ist hinzuweisen auf den Vollmachtsmißbrauch zum Nachteil des Machtgebers bei diesbezüglicher Kenntnis bzw. Kennenmüssen

---

498) RG. in JW. 1912, 526, 2.

499) RG. 106, 120, 107, 385; JW. 1925, 493; Hedemann in Arch. Bayr. Recht 38, 138 ff., Enneccerus § 105 VI.

500) RG. Warneyer 1917 No. 16.

501) RG. 87, 282; RG. in JW. 1927 S. 9738, 9749.

502) RG. 95, 317; Leipz. Ztschr. 1927, 9254 und RG. in Leipz. Ztschr. 1925, 2521.

des Gegners[503]), auf das Verbot des sogenannten Kontrahierens mit sich selbst[504]), das wegen der Gefahr widerstreitender Interessen zur Verhinderung des Machtmißbrauchs des Vertreters besteht[505]), auf die Vorschrift des § 202 BGB, auf das Verbot der Geltendmachung der Verjährungseinrede (§ 222 BGB), falls sich dies als arglistig und daher als Rechtsmißbrauch darstellt[506]), sowie auf § 230 Abs. 1 BGB, der mißbräuchliche Selbsthilfe verbietet. Hierher gehören auch die Fälle, in denen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Herbeiführung einer Veränderung des bestehenden Rechtszustandes durch den jeweils Berechtigten gerechtfertigt erscheint, um eine möglicherweise rechtsmißbräuchliche Betätigung zu verhindern oder um ihr wirksam zu begegnen. In diesem Zusammenhange sind zu erwähnen die §§ 542 II, 553, 605 Nr. II, 671 II, III, 626[507]), 723[508]), 749, 1298 III, 2042 II BGB. Auch in den §§ 861 (858), 1133, 1134, 1217, bis 1219, 1379 I, 1391 I, 1418 II, 1568, 21, 27/28, 22, 26 II BGB kann unter Umständen rechtsmißbräuch-

503) Siebert, Rechtsmißbrauch S. 213; RG. Seufferts Arch. 75 Nr. 126, ferner RG. 75, 209, auch schon RG. 52, 98 u. RGRK. § 166 Nr. 4. Die konstruktive Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Mißbrauch der Vertretungsmacht nach § 177 BGB zu behandeln ist, interessiert hier nicht, jedenfalls stellt er sich als unzulässige Rechtsausübung dar und ist pflicht- bzw. rechtswidrig. Vgl. RG. 71, 219 u. 134, 37 und Kipp in Reichsger. Festsch. 1929 Bd. II S. 273; vgl. auch Stoll a.a.O. I S. 52.

504) § 181 BGB.

505) RG. 108, 405.

506) S. hierzu die erschöpfende Ausgestaltung dieses Verbots durch die Rechtsprechung. Grundlegend jetzt RG. 145, 244 (144, 381). Danach ist die Replik der Arglist zu Gunsten des Gläubigers gegeben, wenn der Schuldner durch früheres Verhalten, wenn auch unabsichtlich, dem Gläubiger nach verständigem Ermessen Anlaß gegeben hat, von einer Unterbrechung der Verjährung abzusehen, weil der Gläubiger nach dem Vorangegangenen annehmen durfte, daß der Schuldner es auf eine gerichtliche Entscheidung nicht ankommen läßt oder daß er bei der Verteidigung gegen die später zu erhebende oder durchzuführende Klage seine Abwehr nur gegen den sachlichen Bestand des Klageanspruchs richten werde (Vgl. ferner RGRK zu § 222 Note 3). Die angeführten Entscheidungen erörtern diese Frage natürlich noch unter dem Gesichtspunkt der exceptio doli generalis. Im Gegensatz hierzu gelangt Lehmann, Das Anerkenntnis verjährter Forderungen in JW. 1937 zur Aufstellung des allgemeinen Grundsatzes: „Die Berufung auf die Verjährung kann überall da mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zurückgewiesen werden, wo sie, statt den rechtfertigenden Zweck der Verjährung zu erreichen, einen Versuch des Schuldners begünstigten würde, sich unter Verletzung des allgemeinen Rechts- und Anstandsgefühls der Erfüllung einer Verpflichtung zu entziehen."

507) Beachte besonders, daß ein Verschulden hier nicht erforderlich ist. RAG. 1588, 16, 364; Seuff. Arch. 76, 19 — Zu späte Kündigung kann Rechtsmißbrauch sein, dann liegt Verwirkung vor: RG. 122, 41.

508) S. auch RG. 126, 292, 142, 215.

liches Verhalten der Grund der dort angedrohten Rechtsfolgen im Einzelfalle sein.

Nicht genügend beachtet ist bisher, daß offenbar in den meisten Fällen des sogenannten Rechtsscheins unser Rechtsmißbrauchsbegriff erst das wahre Verständnis für die Eigenart dieser Fälle ermöglicht. Wenn in den zahlreichen einschlägigen Fällen des Bürgerlichen Rechts, Handelsrechts[509] usw. aus Gründen der Rechtssicherheit der Schutz gutgläubiger Dritter anerkannt wird, so wirkt sich der in der Ausübung der Rechtsscheinstellung liegende Rechtsmißbrauch seitens des Nichtberechtigten dahin aus, daß dieser wegen seines mißbräuchlichen Verhaltens alles aus der Verfügung Erlangte herauszugeben hat. Die diesbezügliche Vorschrift enthält § 816 BGB, von dem bekannt ist, daß er eine Sonderstellung gegenüber der eigentlichen Bereicherungsnorm des § 812 BGB einnimmt.[510] U. E. beruht die hier geregelte Herausgabepflicht auch auf dem Gedanken des Rechtsmißbrauchs, der darin liegt, daß der Nichtsberechtigte den Rechtsträger um sein Recht gebracht hat.[511] Man dringt nicht tief genug bis zum Kern der Sache vor, wenn man[512] in dieser Reglung lediglich einen Ausgleich zwischen Verkehrssicherheit und Rechtsverlust sehen will. Ist nicht überhaupt die Rechtsscheinlehre wenigstens zum Teil erst durch ihre Verbindung mit dem der Rechtsmißbrauchslehre zugrunde liegenden Gedanken voll verständlich[513] derart, daß rechtsmißbräuchliches Handeln zu Gunsten des gutgläubigen Verkehrs ausnahmsweise wirksam, der Täter aber bei Verfügungen gemäß § 816 BGB haftbar sein soll?[514] Auch glauben wir, daß gewisse Fälle der sogen. clausula rebus sic stantibus (siehe §§ 321, 610, 775 BGB)[515] der Geschäftsgrundlage (Oertmann), der Haftung für

509) Enneccerus (Nipperdey) § 1, § 73 II; Achilles-Greiff, Komm. zu § 816 Note 2 und 5.

510) Enneccerus-Lehmann II § 217 (§ 440) II, 2 S. 679; Planck Vorbem. 1 vor § 812 Nr. 1.

511) So zutreffend OLG. 26, 275.

512) RGRK Note 1 zu § 816: Enneccerus-Lehmann II § 222 (§ 445) S. 701 Anm. 3; s. auch S. 678: Planck zu § 816 I, 1; vgl. RG. 107, 153.

513) Man beachte hierzu §§ 405, 370, 407, 409, 851, 892, 932, 2366, 2370 BGB, 366 HGB Art. 17 WG u.a.m. — Auf die umfassende Lehre vom Rechtsschein kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. Enneccerus (Nipperdey) I § 73 II, § 132; Heck, Grundriß S. 162/3; 200/1; v. Thur II, 1 S. 134 ff.

514) Heck scheint dies erkannt zu haben. Er sieht in § 816 eine Kondiktion wegen Rechtsvereidelung durch Mißbrauch (!) einer Rechtsscheinstellung. S. Grundriß S. 4185, 4255, S. 427, 10. Aehnlich Stoll a.a.O. S. 231, 3. Zu eng von Tuhr a.a.O. S. 135.

515) Früher hat das RG. (Bd. 62, 268) die „Clausula" als allgemeines Rechtsinstitut abgelehnt, später unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage und Nichtzumutbarkeit ihr erweiterte Bedeutung beigelegt (RG. 100, 131). In Wahrheit liegt ihr der Rechtsmißbrauchsgedanke zu Grunde. Vgl. Schmitz in Rvergl. Hdwb. Bd. II S. 635.

sog. culpa in contrahendo,[516] daß die Lehre vom Scheinkaufmann, die Stimmrechtsübertragung bei Aktien zu aktienrechtlich mißbräuchlichen Zwecken, die Scheingründung von Gesellschaften, die mißbräuchliche Ausnutzung des formalen Wechselrechts, vielleicht auch das Problem der ungerechtfertigten Bereicherung und eine ganze Reihe anderer ähnlich gelagerter Gebilde nur vermöge der Auffassung von der zentralen Bedeutung des Rechtsmißbrauchsbegriffs zutreffend gewürdigt werden können. Auch erscheinen in diesem Zusammenhang mit Siebert erwähnenswert der besonders in Frankreich viel behandelte Rechtsmißbrauch im Prozeßrecht[517] unter gleichzeitigem Hinweis auf unser Vollstreckungsschutzgesetz vom 13.12.1934, ferner die exceptio doli processualis[518] das Treuhandproblem, die Abriegelung des Kündigungsmißbrauchs im Arbeitsrecht und die Beweislastregelung im Prozeß.

Endlich kann hier noch auf die jetzt gesetzlich verankerte Treupflicht der Aktionäre gegenüber der Gemeinschaft und die des Vorstandes der A.G. gegenüber Volk, Gesellschaft und Gefolgschaft hingewiesen werden.[519]

Wie weit die Rechtspraxis diesen Ergebnissen bereits gefolgt ist, zeigt ein Blick in die Rechtssprechung des Reichsgerichts[520] in Fragen, die besonders wichtige Gebiete des heutigen Handelsrechts betreffen. So darf daran erinnert werden, daß im Gebiet des Kapitalgesellschaftsrechts in der Frage der Stimmrechtsausübung in Bezug auf das Verhältnis von Majorität zu Minorität die neuesten Entscheidungen des Reichsgerichts[521] im Gegensatz zu früheren Erkenntnissen[522] die Rechtsmißbrauchsidee positiv anerkennen. Der 2. Senat hat bereits vor dem neuen Aktiengesetz den Gemeinschafts-

---

516) Völlig unzurreichend ist die Konstruktion dieser Haftung als „Gewohnheitsrecht". So: Steinberg, Die Haftung f. C. i. C. S. 89 ff. Das Gewohnheitsrecht gibt vielleicht eine Erklärung dafür ab, o b ein Rechtssatz gilt, niemals kann aber damit der i n n e r e G r u n d seiner Geltung erfaßt werden. Ueber Schrifttum hierzu s. Steinberg a.a.O. S. 81 ff.

517) Siebert, Rechtsmißbrauch S. 213.

518) RG. in JW. 1930 S. 38, 66.

519) Vergl. Baumbach, Kurzkomm. z. A. G. vor § 48 S. 72, 73 und zu § 70 S. 111. Von der besonderen Treupflicht der Gefolgschaft nach § 2 II AOG. braucht hier nicht gesprochen zu werden, s. Dersch Komm. zu AOG. (1934) S. 30, 32 u.a.m.

520) Vgl. zu dem Folgenden auch: Gadow in Jherings Jahrb. 84, 174 ff.

521) Bd. 146 S. 71 ff. und 385 ff.

522) RG. 68 S 235, S. 314 ff., 317 sowie RG. 81 S. 37, 40 und 107, S. 202, 204.

gedanken und die Treupflicht des Einzelgesellschafters gegenüber dem privaten Interesse des Einzelnen als vorherrschend bezeichnet und hier auch ausdrücklich den Begriff des Rechtsmißbrauchs verwertet. Ein Aktionär, der sein Anfechtungsrecht mißbraucht, verstößt gegen die ihm obliegende Treupflicht, was unzulässig ist. Nicht Deliktsgrundsätze oder der Schikaneparagraph seien hier am Platze — so meint der Senat —, sondern die allgemeine Formel vom Rechtsmißbrauch oder der Einwand unzulässiger Rechtsausübung stützen die Entscheidung. Auch der Umweg über den prozessualen Gesichtspunkt mangelnden Rechtsschutzinteresses[523] wird vermieden in Erkenntnis, daß prozeßrechtlich nicht erklärt werden kann, was ausschließlich im materiellen Recht seine tiefere Begründung findet.

In der gleichen Richtung bewegt sich die Entscheidung der Frage, wie es zu beurteilen sei, wenn das Vorstandsmitglied einer A. G. gleichzeitig Mitgesellschafter einer OHG ist: Ist die OHG. in einem solchen Falle berechtigt, auf Grund ihres Aktienbesitzes bei dem Antrag auf Bestellung von Prüfern mitzustimmen? Während dies früher noch für zulässig erklärt wurde,[524] hat das RG in der schon erwähnten Entscheidung Bd. 146, 75 ff. diese Frage unter dem Gesichtspunkt der Pflichtenstellung des Aktionärs gegenüber der AG verneint. In einem Falle, wo es sich nicht um eine offene Handelsgesellschaft handelte, sondern wo es um die Frage der Stimmenthaltung einer G.m.b.H. als Aktionärin ging, deren Gesellschafter gleichzeitig Vorstandsmitglied der A.G. war, hat das Reichsgericht[525] ebenfalls den Standpunkt vertreten, daß sich der Gesellschafter seiner Treupflicht nicht dadurch entziehen dürfe, daß er sich hinter der formalen Natur der G.m.b.H. als juristische Person verstecke. Die Stimmrechtsausübung der G.m.b.H. wurde für unzulässig erklärt.[526] Auf Einzelheiten kann in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden. Diese Entwicklnng zeigt mit aller Deutlichkeit, wie weit schon die Rechtssprechung[527] auch in der Auflockerung des Begriffs der juristischen Person und der Anerkennung neuzeitlichen Denkens fortgeschritten ist.

223) Vgl. noch RG. 145, 336 (338). Aus der neueren Gesetzgebung, die den Rechtsmißbrauch bekämpft, sei noch hingewiesen auf: § 51 Aktienges. (Mißbrauch mit sogen. Vorratsaktien) u. § 6 Steuer-Anpaßgs.-Ges. (Mißbrauch von Formen u. Gestaltungsmöglichkeiten des bürg. Rechts).

524) S. auch RG. 112, 382.

525) Bd. 146 S. 385.

526) Vgl. zu dieser Frage auch Wieland, Handelsrecht II, S. 206 ff.

527) RG. 114, 360 ff.: „Recht höherer Ordnung".

Aus alle dem folgt, daß der Rechtsmißbrauch ein allgemeiner Grundbegriff unseres Rechts ist,[528] der nicht nur alle Fälle treuwidrigen Verhaltens umfaßt,[529] sondern auch diejenigen Rechtsbetätigungen, die gemäß den obersten Grundgedanken des Rechts als unzulässig erscheinen.

Wir gelangen daher zu folgender Begriffsbestimmung: Rechtsmißbrauch ist jede Rechtsbetätigung außerhalb der unerlaubten Handlungen und der gesetzlich geregelten Vertragsverletzungen, die gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und gegen die völkischen Pflichtenstellung des einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft verstößt oder in sonstiger Weise nach Art und Inhalt mit den obersten Grundgedanken von Recht und Moral unvereinbar ist, Rechtsmißbrauch ist Unrecht im Sinne des heutigen Rechtsdenkens!

### d) Konstruktives Ergebnis.

Auf dem Boden der gewonnenen Erkenntnisse über die umspannende Bedeutung des von uns als Zentralbegriff anerkannten Rechtsmißbrauchs kann die Frage nach Wesen und Natur der allgemeinen Verwirkung nunmehr beantwortet werden. Die Verwirkung war von uns — oben Seite 78 — definiert worden als Verlust der Ausübungsbefugnis eines Rechts wegen mißbräuchlicher, treuwidriger oder für den Gegner unzumutbarer Verspätung. Daraus folgt, daß sie nicht nur als ein Anwendungsfall der exceptio doli generalis oder als ein solcher des Riezler'schen venire contra factum proprium, daß sie nicht mehr bloß eine besondere Erscheinung der Generalvorschrift des § 242[530] BGB oder als eine solche des Grundsatzes von Treu und Glauben bezeichnet werden kann. Der Verwirkungstatbestand ist auch kein charakteristischer Fall einer irgendwie gearteten besonderen Pflichtwidrigkeit, etwa ein Fall fahrlässigen Verzichts[531] auch kein Fall rechtswidrigen deliktischen oder quasi-delektischen Tuns. Es ist weder Ausdruck einer allgemeinen Relativität des Rechtsinhalts (Siebert), noch ein Fall bloßer Haftungsbe-

528) Nicht nur wie Rotondi a.a.O. meint, eine „soziale" Erscheinung!

529) Abzulehnen Stoll a.a.O. S. 211, der den „Rechtsbegriff" des Rechtsmißbrauchs bewußt einengen und auf den „Versuch zweckwidriger Ausübung eines subjektiven Rechts" beschränken will.

530) Interessant ist, daß Siebert in seiner letzten Aeußerung den § 242 BGB kaum mehr erwähnt. S. JW. 1937 S. 2495. Aehnlich, wenn auch im Ergebnis abweichend: Dänzer-Vanotti a.a.O. S. 1462.

531) Manigk in DJZ. 1936 S. 350; Möhl in JW. 1935 S. 3522. — Widerlegung s. oben S. 93.

532) In Jherings Jhb. 85, 262, 275. Ferner. Zentralbl. f. Handelsrecht 1933 S. 97. — Widerlegung s. oben S. 101.n

schränkung des Schuldners ‹Müllereisert›[532]. Alle diese Beurteilungen sind einseitig, beruhen noch auf den Denkgrundlagen früherer Zeiten und schaffen für die Gegenwart ein schiefes Bild. U. E. ist unter Zusammenfassung aller im Laufe dieser Abhandlung gegebenen Gesichtspunkte die nicht nur als Formulierung geltende These berechtigt: Die Verwirkung ist ein nicht nur auf bestimmte Sondergebiete beschränkter[533] Fall mißbräuchlicher Rechtsausübung, sie ist der für das heutige Rechtsdenken vielleicht charakteristischste Fall des Rechtsmißbrauchs. Dabei wird von der oben gegebenen Begriffsformulierung der Verwirkung ausgegangen. Wir bezeichnen die Verwirkung als Verlust der Rechtsausübungsbefugnis wegen mißbräuchlicher treuwidriger oder für den Gegner unzumutbarer Verspätung. Das Wesen der Verwirkung bildet praktisch gesehen das untätige Verstreichenlassen einer Frist, nach deren Ablauf die Gegenseite infolge des früheren Verhaltens des Berechtigten mit dem Erledigtsein der Angelegenheit rechnen darf. Die mit diesem Verhalten in Widerspruch stehende spätere Geltendmachung ist der tiefere Grund des Rechtsausübungsverlustes, da, wo sie im Widerspruch zu den Grundsätzen unseres Gemeinschaftsrechts die inzwischen getroffenen Vorkehrungen oder Einrichtungen der Gegenseite rechtsmißbräuchlich verletzt oder zerstört. Die Verwirkung ist daher kein Anhängsel eines anderen Rechtsinstituts, auch kein Gegenrecht ‹Krause›[534], sie ist ein vollkommen selbständiges, rechtsnotwendiges funktionales Gebilde, das, vielleicht zwischen Verjährung und Verschweigung stehend,[535], eine im System bislang noch vorhandene Lücke ausfüllt und wegen ihrer hohen Bedeutung für die Rechtspraxis auch dogmatisch nicht mehr entbehrt werden kann. Daß sie noch keine spezifische Verankerung durch positive concrete Gesetzesbestimmungen erhalten hat, will garnichts besagen[536]. Sie ist mehr als die Verjährung, weil sie durch die Treuwidrigkeit und den Rechtsmißbrauch, nicht nur durch das Zeitmoment gekennzeichnet wird, sie ist in gewissem Sinne weniger als die Verschwei-

533) Falsch: Achilles-Greif, vor § 194 Nr. 2. Richtig: KG in JW. 1937 S. 320 mit Uebersicht über Rechtssprechung und Schrifttum. RG. 155, 151 u.a.m.

534) Schweigen im Rechtsverkehr 1936 und DJZ 1934, S. 1512.

535) Aehnlich Klausing in JW. 1935, S. 1842.

536) S. oben Seite 117 Anm. 465, S. 11 ff. Verfehlt Tschischgale § 3 S. 14–16. – Mit der Stellung des Richters zum Gesetz hat unser Problem garnichts zu tun. Richtig Larenz a a.O. S. 31 ff., 85 ff., 142 ff.; Klausing in JW. 1935, 1842; auch Lehmann in JW. 1936, 2193.

gung[537]), da ein Aufgebot oder ein demselben entsprechendes Verfahren tatbestandsmäßig nicht erfordert wird. Man kann andererseits sagen, daß sie sich an die Verschweigung anlehnt[538]). Eine besondere Rechtspflicht zur Unterlassung einer Treu und Glauben widersprechenden Geltendmachung eines Rechts macht nicht das Wesen der Verwirkung aus[539]). Ebensowenig ergibt sich dies aus dem Inhalt des concreten Rechts selbst, um das es sich handelt, sondern der sozialethische Grundsatz des heutigen Rechts, daß mißbräuchliche Rechtsausübung auch ohne Gesetzesvorschrift aus zwingenden Gründen verboten ist, gibt den alleinigen inneren Rechtsgrund für die Anerkennung der Verwirkung als eines selbständigen Rechtsinstituts ab[540]). Endlich ist zu betonen, daß die Verwirkung keine Ausnahmeerscheinung darstellt, jedenfalls nicht im System[541]).

Im einzelnen ist hierzu noch Folgendes zu vertiefen: Wenn gesagt wurde und im Schrifttum noch heute vielfach gelehrt wird, daß die Verwirkung in durchaus genügender und ausgiebiger Weise durch die Riezler'sche Lehre vom sogenannten venire contra factum proprium (Lehre vom gegensätzlichen Verhalten) erklärt werden könne, so ist dies nach dem oben Dargelegten nicht zutreffend. Riezler's Lehre, die auch von Lehmann[542]) vertreten wird, besagt, daß sich diejenige Partei der Einrede der allgemeinen Arglist aussetze, die mit ihrem Rechtsvorgehen eine mit früher getätigten Verhalten unvereinbare Haltung einnehme, vorausgesetzt, daß dieses Verhalten den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspreche[543]). Es

537) Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, 1936.

538) Siebert, Rechtsmißbrauch S. 216: „Auch die viel erörterte Verwirkung" . . . " ist weitgehend von dem Verschweigungsgedanken beeinflußt; Klausing in JW. 1935 S. 1842 spricht von einer neuzeitlichen Ausprägung des alten Verschweigungsgedankens.

539) Irrig Tegtmeyer, Arch. ziv. Prax. Bd. 142, 203 ff. Es geht nicht um eine „Pflicht zur pfleglichen Behandlung der Interessen des anderen Teils" — a.a.O. S. 230 —, sondern um mißbräuchliche Rechtsausübung im Fall verspäteter Geltendmachung. Andernfalls müßte erst bewiesen werden, warum nicht eine Schadensersatzverpflichtung wegen Vertragsverletzung statt bloßer Verwirkung die Folge des verspäteten Vorgehens des Gläubigers ist. Zutreffend: Lehmann in JW. 1936 S. 2195.

540) Anders Tschischgale u.a., die den Begriff der unstatthaften Rechtsausübung aus § 242 BGB ableiten. — Im wesentlichen übereinstimmend: Siebert allerjüngst in JW. 1937, 2495; Klausing a.a.O. S. 1842.

541) Ob sie es praktisch ist, wie Siebert im Hdwb. d. R.W. VIII S. 770 behauptet, kann zweifelhaft sein. Wir lehnen den Ausnahmecharakter der Verwirkung ab.

542) in JW. 1936, 21/95. S. unten S. 131.

543) Siehe Riezler: venire contra factum proprium 1912 passim; Walsmann: Verzicht S. 210 ff.; Planck-Siber Komm. z. BGB Note 3 zu § 397; Gieseke in Gruchot 1924 S. 216. Auch das RG kennt diese Lehre, s. Bd. 87, 283, 108 S. 110.

bedarf keines Nachweises, daß diese auf dem Boden individualistischer Rechtslehre entstandene These in ihrer tieferen Begründung und grundsätzlichen Einstellung mit unserer Rechtsmißbrauchslehre nichts zu tun hat. Daß die Ergebnisse praktisch vielleicht die gleichen sind will demgegenüber nichts besagen. Zu beachten ist vor allem eins: Es ist garnicht das widerspruchsvolle Verhalten als solches der Rechtsgrund der Verwirkung — hier irrt z. B. Lehmann[544] — , sondern die Verzögerung der Geltendmachung und die in der Zwischenzeit getroffenen Einrichtungen sowie die berechtigte Einstellung des Gegners auf die unterlassene Anspruchsbetätigung[545] erzeugen erst diejenige Rechtslage, die zur Auslösung der Verwirkungswirkung führt. Es ist daher auch für Riezler kennzeichnend, daß er in Ansehung der Verwirkung zu dem Grundsatz gelangt, daß der Berechtigte sein Recht durch Rechtsausübung verwirke. Er sagt: „Jemand hat durch eigene Entscheidung für eine bestimmte Rechtslage, insbesondere durch Ausübung eines Gestaltungsrechts eine anderweitige Rechtsgestaltung, die an sich möglich gewesen wäre, verwirkt."[546] Diese Riezler'sche Verwirkung durch Rechtsausübung ist aber konstruktiv nicht das, was wir mit der Verwirkung als charakteristischen Fall des Rechtsmißbrauchs bezeichnen. Wir meinen, daß die Verwirkung nicht durch „Rechtsausübung" gekennzeichnet wird, sondern daß die Verwirkung gerade das Ergebnis einer „Unrechtsausübung"[547] nämlich mißbräuchlicher Rechtsausübung ist. Ferner lehnen wir den Riezler noch vorschwebenden Gedanken von der allgemeinen Arglisteneinrede als Erklärungsmittel für die Gegenwart ab. Es ist daher auch nicht verwunderlich, daß Riezler es wegen der völligen Verschiedenartigkeit aller in Betracht kommenden Fälle vermieden hat, eine einheitliche klare Formulierung dieses Leitsatzes zu geben[548].

544) a.a.O. S. 95 ff.

545) Richtig: Dänzer-Vanotti in DJZ. 1936 41, 1457.

546) Riezler a.a.O. S. 131.

547) Nicht etwa im Sinne einer unerlaubten Handlung gemeint. Der rechtswissenschaftliche Begriff des Unrechts geht über den Begriff der unerlaubten Handlung (Delikt) im gesetzestechnischen Sinne hinaus. Vgl. z. B. Innecerus I § 195 I v. Thur II, 2 § 88 I S. 453 ff. S. auch unten S. 133 ff.

548) Richtig erkannt hat er, daß jemand sich auch mit seinem in der Unterlassung bestehenden Verhalten nicht in Widerspruch setzen darf. Riezler a.a.O. S. 119, 120 (vgl. §§ 341, Abs. 3, 464, 540 Abs. 2, 568, 625 BGB. Zutreffend Siebert, Verwirkung S. 183, wenn auch insofern bedenklich, als er (S. 184) in der Verwirkung als Fall unzulässiger Rechtsausübung eine Folge der allgemein inhaltlichen Begrenzung der Rechte erblickt. Hierüber s. bereits oben S. 113 ff.

Auch in der Fassung, die neuerdings Lehmann[549] der Riezler'schen Lehre gibt, indem er von „Unzulässigkeit des gegensätzlichen Verhaltens" spricht, vermag die Konstruktion jedenfalls für die Verwirkung nicht zu befriedigen. Lehmann hat zum ersten Mal in der Zeitschrift für Handelsrecht[550] die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen mit der Unzulässigkeit des gegensätzlichen Verhaltens zu begründen versucht. „Danach bleibt ein am Rechtsverkehr Beteiligter an sein eigenes Verhalten in der Weise gebunden, daß er sich später nicht zu diesem in einen Widerspruch setzen darf, der gegen Treu und Glauben verstößt". Dies treffe aber gerade bei der Verwirkung immer dann zu, wenn die Untätigkeit des Berechtigten im Falle verzögerter Rechtsausübung geeignet war, im Verpflichteten die Vorstellung wachzurufen, der Berechtigte wolle sein Recht nicht mehr geltend machen, sodaß das Zurückgreifen auf das Recht eine unbillige Benachteiligung des Verpflichteten bedeute[551]. Lehmann betont dabei ausdrücklich die Interessenlage der Parteien, insbesondere die des Schuldners, der bei so begründeter Verwirkungslehre am besten gedient wäre. Man komme so auch am einfachsten vom Zeitablauf als der Grundlage der Verwirkung los, sodaß man nicht Gefahr laufe, mit der Verwirkung in allzu große Nähe zur Verjährung zu kommen. Rechtfertige man dagegen die Verwirkung aus der Unzulässigkeit des gegensätzlichen Verhaltens, so werde der Schwerpunkt auf den Einfluß der verzögerten Geltendmachung, auf die Lage des anderen Teils, auf die unbillige Benachteiligung, die dieser erleiden würde, gelegt. Schließlich weist Lehmann noch darauf hin, daß seine Formulierung die beste Rechtfertigung für die Siebert'sche Lehre von der Relativität der Rechte und der relativen Begrenzung des konkreten Rechtsinhalts sei.

Dem muß widersprochen werden. Es muß grundsätzlich darauf hingewiesen werden, daß es heute nicht mehr auf die Interessenlage der einen oder anderen Partei, sondern allein auf das Gemeinschaftsdenken des deutschen Volkes ankommt. Es ist widerspruchsvoll, wenn Lehmann zu Beginn seines Aufsatzes vom Gemeinschaftsdenken handelt, dann aber in das Fahrwasser individu-

549) Zur Lehre von der Verwirkung in JW. 1336 Heft 32 S. 2193 ff.
550) Bd. 79 S. 88 ff.
551) Lehmann a.a.O. S. 2194.

alistischer Interessenabwägung gelangt[552]. Hinzukommt, daß gewisse Sätze der Lehmann'schen Darstellung den Eindruck erwecken, als ob es bei diesem ganzen Streit nur um ein Formulierungsproblem ginge[553]. Die Siebert'sche Lehre vom Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung will etwas wesentlich anderes besagen als Lehmann andeutet. Sie greift viel tiefer und ist umfassender als alle anderen Erklärungsversuche. Faßt man die Lehre vom Rechtsmißbrauch so auf, wie wir dies oben gezeigt haben, so ist sie ein unser gesamtes Privatrecht umspannender, ein rechtsimmanenter Ausdruck pflichtgebundenen Gemeinschaftsdenkens und damit weit eher imstande, unser Problem zu erklären als die unbestreitbar individualistische Formulierung von der Unzulässigkeit des gegensätzlichen Verhaltens[554]. Hierzu kommt noch Folgendes: Es ist ja in Wahrheit garnicht das Gegensätzliche im Verhalten des Gläubigers, das uns veranlaßt, der Verwirkung Raum zu geben. Vielmehr ist es das Mißbräuchliche seiner Rechtsausübung bei verspäteter Geltendmachung des Rechts, das den entscheidenden Gesichtspunkt für unser Problem abgibt. Muß sich denn der Gläubiger stets irgendwie vorher „verhalten" haben, damit bei späterer Geltendmachung der Fall einer Verwirkung gegeben ist? Dies ist u. E. garnicht erforderlich. Und selbst wenn man mit Lehmann die der Geltendmachung des Rechts vorangegangene Untätigkeit des Berechtigten als ein solches Verhalten wertet, mit dem er sich durch spätere Rechtsausübung in Widerspruch setzt, so leugnen wir, daß diese Untätigkeit und die Tatsache des späteren Vorgehens des Gläubigers d. h. dieses in sich widerspruchsvolle Verhalten der tragende Grund für eine die Gegenwart befriedigende Lösung des Verwirkungsproblems darstellt. Der Schwerpunkt liegt u. E. ausschließlich und allein in dem ge-

552) Mehrfach betont Lehmann die Interessenlagen, z. B. S. 2194 und 95, S. 2196 spricht er davon, daß der Zögernde sich „mit der Gefahr der Verschiebung der Interessenlage, die der verspäteten Geltendmachung ein anderes Gesicht geben kann, „belastet" — „wer zögert, übernimmt das Risiko! der Verwirkung." Hieraus ergibt sich u. E. mit voller Klarheit der ausgeprägt individualistische Interessenstandpunkt, von dem aus die Lehmann'sche Konstruktion getragen wird. Ueber die Zweckwertung und Interessenabwägung s. Forsthoff, Vom Zweck im Recht in Ztschr. d. Ak. f. D. R. 1937 Heft 6 S. 176. — Gewiß kommt es heute auch auf Interessenlagen und Interessenstandpunkte an (s. hierüber z. B. Stoll a.a.O. I S. 79 ff. u.a.m.). Aber nur im Rahmen der Vertragsauslegung, der Bestimmung von Inhalt und Umfang der Einzelleistung und dergl. m., niemals als tragendes Prinzip einer Rechtseinrichtung!

553) Vgl. hierzu a.a.O. S. 91 und 95.

554) Dies ergibt sich auch aus der Treupflicht gegenüber der Gemeinschaft als einheitlichen Gesichtspunkt für alle Rechtsnormen; s. hierzu Hein, Beiträge zur Systematik des Rechts in: Ztschr. d. Ak. f. D. R. 1937 Heft 7 S. 209.

meinschaftswidrigen Verhalten des Berechtigten, der zu einer Zeit und unter Umständen sein Recht noch auszuüben sucht, unter denen es gleichgültig, wie er sich vorher verhalten hat — nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr ausgeübt werden darf und als Rechtsmißbrauch erscheint.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, daß auch der von Lehmann unternommene Konstruktionsversuch, dessen an sich verständlichem Bestreben, die Riezler'sche Lehre der Gegenwart näherzubringen, man durchaus beipflichten kann, nicht zu befriedigen vermag.

Ferner ist hervorzuheben, daß die Verwirkung keinen Tatbestand einer unerlaubten Handlung darstellt, da diese mit Rücksicht auf die klar umrissenen Gesetzesvorschriften (§ 823 ff.) nicht wegen bloß treuwidriger Verspätung der Rechtsgeltendmachung zur Ersatzpflicht als Unrechtsfolge führt, außerdem aber auch Verschulden voraussetzt. Die Gefährdungstatbestände unseres Deliktsrechts scheiden hier ohne weiteres aus. Daß das Vorliegen der Verwirkung aber niemals bedingt ist durch das Vorliegen schuldhaften Tuns, war bereits mehrfach angedeutet worden. Zur Verwirkung genügt ein Verhalten, das objektiv gegen Treu und Glauben verstößt, sodaß auch schuldlose Unkenntnis der Sach- und Rechtslage, wie besonders in der Praxis[555] betont wird, zum Verwirkungstatbestand ausreicht. In diesem Sinne verstehen wir unter Verschulden vorsätzliches und fahrlässiges Tun im herkömmlichen Sinne, sodaß, was den Vorsatz betrifft, der Handelnde das Bewußtsein der Rechts- und Pflichtwidrigkeit seiner Handlungsweise gehabt haben muß[556]). Der Begriff der Fahrlässigkeit bietet keine Besonderheiten[557]). Daraus folgt, daß wenn sich der Berechtigte in allen Fällen mißbräuchlicher Rechtsausübung dieses seines Verhaltens bewußt ist, demnach ein Fall bewußten Rechtsmißbrauchs gegeben ist, stets zu untersuchen bleibt, ob hier nicht der besondere Tatbestand einer unerlaubten Handlung oder einer schuldhaften Vertragsverletzung gegeben ist. Dann ist für einen Rechtsmißbrauch im Sinne unserer Abhandlung und damit für eine Verwirkung kein Raum, denn diese Tatbestände greifen ja nur ein, wenn eine Lücke besteht. Dies will also besagen, daß nur der weder deliktisch noch vertragsrechtlich erfaßte

555) RG. 108, 110, 115, 137, 144, 380, 81, 147/2, 80. Eine neuerliche Zusammenstellung der jüngsten Rechtsprechung findet sich bei Siebert in JW. 1937 S. 2495.

556) RG. 123, 12; JW. 11, 30.

557) RG. 148, 162; 126, 331; 147, 356.

Rechtsmißbrauch hier zur Frage steht und daß eine Verwirkung im eigentlichen Sinne als Anwendungsfall mißbräuchlicher Rechtsausübung nur vorliegt, wenn ausschließlich die Verspätung der Geltendmachung des Rechts mit Rücksicht auf die gegnerische Rechts- und Sachlage die Reaktion der Rechtsordnung auf dieses Verhalten erzeugt. Lediglich die Geltendmachung als solche muß gerade um dieser Verspätung willen mit Rücksicht auf die zerstörenden Wirkungen in der Rechtssphäre des Gegners als illoyal und treuwidrig erscheinen. Zwecks klarer Herausarbeitung dieses Verwirkungsbegriffs kann daher nicht scharf genug betont werden, daß ein Verschulden im technischen Sinne als tragendes Tatbestandselement nicht erfordert wird[558]).

Daß die Verwirkung als Hauptfall eines Rechtsmißbrauchs kritisch nicht mehr mit der allgemeinen Floskel schikanösen oder sittenwidrigen[559]) Verhaltens, gestützt auf die Vorschriften der §§ 227 und 826 BGB, erklärt werden kann, ist bereits festgestellt worden.

Diese Auffassung zwingt uns, nun noch Stellung zu nehmen zu drei Punkten, die in der wissenschaftlichen Behandlung der Verwirkung infolge konstruktiver Unzulänglichkeiten auch in den neuesten Arbeiten[560]) u. E. nicht zutreffend behandelt worden sind, während auf dem Boden einer streng zentral erfaßten Verwirkungslehre eine befriedigende Antwort sehr wohl gegeben werden kann.

1. Es ist dies zunächst die Frage nach der Rechtswidrigkeit des die Verwirkung herbeiführenden Verhaltens. Als was stellt sich das Erlöschen der Ausübungsbefugnis eines Anspruchsberechtigten in den Fällen der Verwirkung dar? Ist die Verwirkungsfolge Ausdruck rechtmäßigen oder rechtswidrigen Tuns des Gläubigers? Ist sie in ersterem Falle nur als billiger Ausgleich für eine Anspruchsbetätigung zu beurteilen, die als solche durchaus rechtmäßig und erlaubt ist? Daß ein typischer Delikttatbestand ebensowenig hier vorliegt wie ein Gefährdungstatbestand oder ein Fall bloßer Verursachungszurechnung, war bereits gesagt worden. Die sich

558) Zutreffend, wenn auch mit anderer Begründung Tschischgale S. 58/59. Bedenklich RG. Bd. 117, S. 124 und JW. 1935 S. 505. Vgl. auch Brenner, S. 118 und Stoll in JW. 1927, S. 21, 19. — Im wesentlichen stimmt die herrsch. Lehre hiermit überein. Vgl. Tschischgale S. 60 Anm. 37. Im übrigen s. unten S. 143 ff.

559) Viel zu eng: Lange in Dt. Recht 1935 S. 466. S. auch RG. 155, 287.

560) Es sei hingewiesen auf Siebert, Lehmann, Klausing, Tegtmeyer, Dänzer-Vanotti, Tschischgale, Franke, Krause, Manigk, Müllereisert u.a.m.

hier darbietende Schwierigkeit besteht darin, daß, wie sich aus allen Entscheidungen der Gerichte und auch aus der Lehre immer wieder ergibt, das rechtsformale Vorgehen des Anspruchsberechtigten zunächst keineswegs materiellrechtswidrig ist: Er ist Inhaber eines Rechts oder Gläubiger und würde, wennnicht schon aus der Klage selbst oder auf Grund des Einwandes mißbräuchlicher Rechtsausübung dem Richter die Verwirkung zur Kenntnis gelangt, mit seinem Begehren durchdringen. Erst der Nachweis der illoyalen Verspätung usw. führt zur Klagabweisung wegen Verwirkung. Der Grund hierfür könnte, abgesehen von den Geboten der Rechtsordnung, in den Geboten der Billigkeit gefunden werden, wenn man sich zu der hier nicht näher zu erörternden Ansicht bekennen wollte, daß wir neben der Rechtsordnung eine Billigkeitsordnung anerkennen, deren Gebote zunächst nicht auf dem Boden des Rechts erwachsen, kraft der Idee des richtigen Rechts[561] zu Geboten der Rechtsordnung erhoben werden und unter dem Gedanken einer allumfassenden Gerechtigkeit positive Normenkraft entfalten.[562] Es ist in diesem Zusammenhange an die bekannten Ausgleichspflichten im Bürgerlichen Gesetzbuch zu erinnern, die aus Gründen höherer Vernunft und zwecks gerechter Lösung von Interessenkonflikten trotz der Rechtmäßigkeit des Eingriffs ausdrücklich geschaffen worden sind: Nach § 904 Abs. 2[563] kann der Eigentümer Ersatz des ihn durch die Notstandshandlung zugefügten Schadens verlangen, obwohl diese rechtmäßig ist und vom Eigentümer geduldet werden muß.[564] Die Spezifikation ist als Herstellung einer neuen Sache eine zweifellos rechtmäßige Handlung, sie führt ja auch zum Eigentumserwerb, indem aber ein fremder Stoff vernichtet wird, opfert der bisherige Eigentümer bzw. derjenige, der den Rechtsverlust erleidet, Werte, auf die nach den Geboten der Gerechtigkeit ersetzt werden müssen. Die Veräußerung einer fremden Sache ist an sich, wie sich aus § 932 BGB ergibt, keineswegs eine widerrechtliche Handlung, geschweige denn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des Gesetzes. Sie ist nicht rechtswidrig, da

561) Stammler, Richtiges Recht (1902) S. 258, 373 u. passim; Rechtsphilosophie § 154.

562) Ueber das Begriffspaar „Recht" und „Billigkeit" s. Rümelin, Billigkeit S. 39, 56, 64 usw., vor allem Stammler, Rechtsphilosophie § 154 mit Schrifttum (Anm. 2); von Tuhr I, 1 S. 29 ff; Enneccerus (Nipperdey) I § 46; Hedemann, Einführung S. 542: Planck Komm. Einleitung VII, insbes. S.: LX.

563) Vgl. Stammler a.a.O. S. 322, 324.

564) v. Tuhr II, 2 § 97 S. 601 u. Anm. 13, ferner S. 603.

es unverständlich wäre, wollte der Gesetzgeber zulassen, daß rechtswidriges Handeln als solches zum Eigentumserwerb führt. Auch braucht eine derartige Eigentumsübertragung seitens des Nichtberechtigten keineswegs eine Vertragsverletzung darzustellen. Auf jeden Fall findet aber der erforderliche Billigkeitsausgleich gemäß § 816 BGB statt, dessen Grundlage in den höheren Geboten des richtigen Rechts, in den Forderungen der Billigkeit im Sinne sachlicher Richtigkeit ⟨Stammler⟩[565] zu erblicken ist, nicht aber notwendig als Rechtsfolge widerrechtlicher Handlungsweise aufgefaßt werden muß[566]. Auch das Prozeßrecht bietet hier einen interessanten Fall. Niemand wird die Betreibung der Zwangsvollstreckung als Rechtswidrigkeit und die Ausübung des Vollstreckungsrechts als Unrecht ansprechen wollen. Wir wissen aber, daß gemäß den Vorschriften der §§ 717, 945 ZPO im Falle der Aufhebung oder Abänderung des Urteils, des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung eine Schadensersatzpflicht zu Lasten des Vollstreckungsberechtigten entsteht, deren Grundlage offenbar in jenen Geboten der Billigkeit zu finden ist, von denen wir oben sprachen. So interessant dieses Problem an sich ist, und gerade in einer Abhandlung über die Verwirkung, deren Kern ja das treuwidrige Verhalten des Berechtigten bildet, zu grundsätzlicher Betrachtung reizt, so ist es im Rahmen dieser Untersuchung doch nicht möglich, dasselbe wissenschaftlich exakt abzuhandeln. Auf dem Boden unseres heutigem Rechtsdenkens, das — wie hier nicht näher ausgeführt zu werden braucht — den Totalitätsanspruch ebenso wie für das öffentliche Recht auch für das gesamte Privatrecht einschließlich seiner Systematik und wissenschaftlichen Behandlungsweise für sich in Anspruch nimmt, dürfte es wohl richtig sein zu sagen, daß, ebenso wie die Moralgesetze auch die Billigkeitsgebote schon von Hause aus rechtlich integrierenden Charakter tragen.[567] Daher sind die Fälle, in denen ein sog. billiger Ausgleich in Geld zu erfolgen hat, auch wenn der Handelnde rechtmäßig tätig wird, ausschließlich nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, da so am besten eine Aufspaltung der juristischen Betrachtungsweise in typisch rechtliche und außerrechtliche Gesichtspunkte vermieden wird.

565⟩ a.a.O. S. 373.

566⟩ Auch die Vorstellung vom Rechtsmißbrauch wirkt sich im § 816 aus. S. oben S. 125 ff.

567⟩ v. d. Pforden S. 98; Rümelin a.a.O.; vgl. auch die §§ 660, 1024, 1090, 2048, 2156 BGB.

Dies entspricht gesunder Volksanschauung und praktischem Lebensempfinden[568]. Wenden wir diese Erkenntnis auf die erwähnten Tatbestände an, so gelangen wir zu befriedigenden Ergebnissen, wenn wir dieselben perspektivisch betrachten d. h. von den sich jeweils ergebenden zwei verschiedenen Standpunkten aus. Im Falle des § 904 BGB erscheint der Eingriff des im Notstand Handelnden von dessen Standpunkt aus gerechtfertigt und rechtmäßig; ihm steht jedenfalls das Recht zum Eingriff in fremdes Eigentum zur Seite, mag er im eigenen Interesse, mag er zur Rettung eines anderen vorgehen. Vom Standpunkt des Eigentümers aus gesehen erscheint der Eingriff aber als widerrechtliche Eigentumsverletzung[569] und rechtfertigt daher zwangsläufig die im Gesetz festgesetzte Schadensersatzverpflichtung des Handelnden[570]. Von Tuhr hat daher schwerlich recht, wenn er mit anderen Schriftstellern[571] den Enteignungsgedanken hier analog zur Anwendung bringen und deshalb einen Entschädigungsanspruch anerkennen will. Diese Ansicht erscheint allzu konstruiert, zumal der Entschädigungsanspruch wegen Enteignung ja schließlich auch nur auf der Anerkennung der Billigkeit im Recht beruht[572]. Wir halten daher daran fest, daß der Ersatzanspruch aus § 904 wegen des vom Standpunkt des Eigentümers aus widerrechtlichen Eingriffs in sein Eigentum gewährt wird. Entsprechendes würde auch in den oben angeführten Fällen des § 950 BGB der §§ 717, 945 ZPO zu gelten haben: Vom Handelnden aus gesehen erscheinen die Tatbestandsverwirklichungen als rechtmäßig, vom Betroffenen aus gesehen stellen sie sich als rechtswidrige Eingriffe dar. Die Betrachtung eines Rechtsvorganges von mehreren Blickpunkten aus führt demnach zu dem Ergebnis, daß

568) Gleicher Ansicht wohl auch Rümelin S. 64, 69, dessen Arbeit die Richtigkeit des Rechtssprichworts beweisen will: „Billigkeit muß das Recht meistern" (a.a.O. S. 1. u. S. 81, 82.)

569) Nicht notwendig als Delikt, nämlich wenn Verschulden fehlt.

570) Anders Stoll a.a.O. II S. 209, der im Anschluß an R. Merkel den § 904 unter dem Gesichtspunkt der „Kollision widerstreitender Interessen" behandelt wissen will. „Der Eingriff ist erlaubt, verpflichtet aber trotz Rechtsmäßigkeit (!) zum Schadensersatz". Interessant der Standpunkt E II § 192 i.V.m. § 746 II, wonach eine an sich unerlaubte Handlung den Charakter der Unerlaubtheit nicht dadurch verliert, daß sie im Notstand begangen ist. — Ueber die von einigen Schriftstellern geforderte Regelung, nicht den Handelnden, sondern denjenigen, zu dessen Gunsten der Notstandseingriff erfolgte, zur Haftung heranzuziehen, vgl. Biermann Komm. zu § 904 Erl. 3; Kohler, Lehrbuch I 226; Endemann I 85 a Anm. 33; Planck zu § 904 Erl. 3 b.; RGRK. zu § 904 Erl. 8; von Tuhr a.a.O. S. 603.

571) Enneccerus § 199 Anm. 1; Merkel, Kollision rechtsmäßiger Interessen 1898 S. 147 u.a.m.

572) Fleiner, Institutionen § 18 S. 296.

eine Handlung sehr wohl zwei verschiedenen Rechtskreisen, und zwar in der Weise angehören kann, daß sie in dem einen als rechtmäßig, in dem anderen als rechtswidrig erscheint. Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, eine einheitliche Handlung mit Rücksicht auf mehrere an ihr beteiligte Subjekte gleichzeitig als rechtmäßig und als rechtswidrig zu betrachten. Von Tuhr hat in diesem Punkte offenbar ähnliche Vorstellungen, wenn er[573]), von der Doppelschichtigkeit des Rechts spricht. Er drückt dies so aus, daß er sagt, die Begriffe des Rechts und des Unrechts scheinen zwar grundsätzlich einander auszuschließen, es seien aber einige Teile der Rechtsordnung zweischichtig konstruiert, „sodaß eine Handlung oder ein Zustand im Verhältnis zu gewissen Rechtsnormen rechtmäßig ist und zugleich von einem anderen Standpunkt aus sich als rechtswidrig darstellt"[574]). Diese Denkweise stimmt im wesentlichen mit der perspektivischen Betrachtungsmethode überein.

Damit gelangen wir zu dem Ergebnis, daß im Falle einer Verwirkung die treuwidrige Geltendmachung des Rechts rechtswidrige Handlungsweise, also Unrecht ist, gesehen vom Standpunkt des Anspruchsgegners, des von der Verwirkung Bevorzugten aus. Mag auch die verspätete Geltendmachung vom Berechtigten aus gesehen zulässig und rechtmäßig sein, sie stellt sich vom Standpunkt des Betroffenen aus infolge der Treuwidrigkeit und kraft des Unwerturteils über dieses Verhalten als rechtswidrige Handlung dar. Deshalb treten auch die Verwirkungsfolgen ein. Dieses Ergebnis stimmt auch mit der allgemein herrschenden Auffassung vom Wesen des Unrechts überein. Denn Unrecht im Rechtssinne ist jedes Verhalten eines Menschen, das gegen ein Gebot der Rechtsordnung verstößt[575]). Also ist Rechtswidrigkeit stets dann gegeben, wenn auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift die im Einzelfall eintretenden Rechtsfolgen Ausdruck der rechtlichen Mißbilligung eines Verhaltens sind. Das ist aber, wie hier eingehend nachgewiesen worden ist, bei der Verwirkung der Fall, ist sie doch ein Fall des Rechtsmißbrauchs.

---

573) a.a.O. II, 2 S. 455.

574) Vgl. auch v. Tuhr II, 1 S. 122 Nr. 2.

575) v. Tuhr a.a.O. § 88, S.453 spricht von „Vorschrift" der Rechtsordnung. er will damit aber keineswegs nur positive Gesetzesvorschriften gemeint wissen, S. v. Tuhr a.a.O. S. 456 II, vgl. auch Enneccerus § 195 I, Endemann I S. 425, Henle S. 318 (bedenklich S. 32), Stoll I § 22 S. 88.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis: Die Verwirkung ist Folge eines wegen der Treuwidrigkeit des Berechtigten rechtswidrigen Tuns[576].

2. Der zweite hier zu behandelnde Punkt betrifft die auch von Siebert aufgestellte Behauptung, die Verwirkung sei kein neues Rechtsinstitut. Siebert[577] meint, daß die Verwirkung „nur ein Ausschnitt und eine Folge eines unsere gesamte Rechtsordnung beherrschenden und gestaltenden Grundgedankens sei". Wenn der Verwirkungsgedanke auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhe, so werde damit die Verwirkung keineswegs zu einem „neuen Rechtsinstitut" gestempelt[578]. Hierzu mag in aller Kürze ausgeführt werden, daß abgesehen von der wohl nicht sehr erheblichen Bedeutung dieser Frage[579] — nicht einzusehen ist, warum man gerade auf dem Boden des Siebert'schen Rechtsmißbrauchsgedankens die Verwirkung nicht ein neues Rechtsinstitut soll nennen dürfen. Siebert's Hinweis auf die besondere konkrete Rechtsbegrenzung und den völkischen Pflichtgedanken steht doch der Kennzeichnung der Verwirkung als Rechtsinstitut nicht im Wege. Unter „Rechtsinstitut bezeichnet man den Inbegriff der auf die Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art bezüglichen Rechtsvorschriften[580]. Es werden also die Gemeinsamkeiten in nebeneinander betrachteten Rechtsverhältnissen zu einer Einheit zusammengefaßt und die diese bestimmende Grundform wird „Institut" genannt. Man bezeichnet das Rechtsinstitut auch als abstraktes Rechtsverhältnis[581]. Wenn aber ein Inbegriff von Rechtssätzen, der wie Gierke a. a. O. sagt — einem bestimmten Lebensverhältnis entspricht, ein Rechtsinstitut ist, welcher Begriff auch bei einem engeren Normenkomplex anwendbar ist, so ist nicht einzusehen, warum man gerade der Verwirkung die Bedeutung eines Rechtsinstitutes absprechen soll. Schließlich ist ja jede Rechtseinrichtung ein Rechtsinstitut, wenn man nicht allzu engherzig den

576) Im Ergebnis ebenso: Erdmann S. 19; Gumpel S. 97; Oppenheimer S. 24; Tschischgale S. 76.

577) Zuletzt noch Verwirkung im Hdwb. d. R. W. a.a.O. S. 767 und in JW. 1937 S. 2495 II.

578) Siebert a.a.O. S. 2495: „Sie ist in ihrem Gebiet ein besonderer Ausdruck und eine besondere Betätigung der konkreten Begrenzung und Gestaltung aller volksgenössischen Rechte durch den Pflichtgedanken." — Aehnliche Aufassung bei Franke in JW. 1937, 1118; Tschischgale S. 77 u.a.m.

579) Richtig: Krause in DJZ. 1934 Heft 24; S. 1518 Klausing in JW. 1935, 1842.

580) Enneccerus I § 64 II, Gierke, Deutsches Privatr. Bd. I § 16 II, S. 124; Endemann I § 14 Nr. I.

581) Enneccerus a.a.O.

Begriff umreißt, und wenn vom Schrifttum[582]) die Inhaberaktie, die Urkunde, die Verjährung, die Verschweigung usw. als Rechtsinstitute bezeichnet werden, warum soll man dann der Verwirkung diese Bezeichnung vorenthalten? Daß fernerhin die Verwirkung entwicklungsgeschichtlich betrachtet als neues Rechtsinstitut angesprochen werden darf, kann doch schon deshalb nicht zweifelhaft sein, weil die konstruktive Grundlage, die systematische Einordnung und der dogmatische Gehalt der Verwirkung erst durch das Schrifttum der letzten Jahre zu einer institutionellen Geschlossenheit gebracht worden ist. Auch in der Rechtspraxis hat sich die Verwirkung als geschlossenes Rechtsgebilde erst in den letzten 10—15 Jahren entwickelt. Sehr richtig sagt in dieser Beziehung Furler[583]), daß die Verwirkung ein selbständiges Ergebnis der spezialisierenden und typisierenden Kraft der Rechtsprechung sei. Das trifft durchaus zu. Ist man sich heute darüber klar, welch schöpferische Kraft die Rechtsprechung im Leben eines Volkes zu entfalten vermag und läßt man sich in der Feststellung der Rechtswirksamkeit eines Gebildes nicht dadurch irre machen, daß man glaubt, ohne gesetzgeberischen Akt sei positives Recht nicht denkbar, so wird man zugeben müssen, daß gerade die Verwirkung in dem bezeichneten Sinne ein von der Rechtsprechung neu geschaffenes Rechtsgebilde darstellt, dem man auch dogmatisch nicht die Selbständigkeit absprechen kann. Gegen die Formulierung, die Verwirkung sei „ein neues" Rechtsinstitut, wird daher bei richtiger Würdigung der Entwicklungsgeschichte der Verwirkung nichts einzuwenden sein. Es ist nicht verständlich, warum Siebert auch in seinen letzten Aeußerungen zu dieser Frage[584]) gegen die Verwirkung als neues Rechtsinstitut polemisiert. Daß die Verwirkung ein neuer Ausdruck und eine besondere Bestätigung der konkreten Begrenzung und Gestaltung aller volksgenössischen Rechte durch den Pflichtgedanken — wie Siebert meint — ist, steht doch nicht der Behauptung entgegen, daß sie in ihrer präzisen und geschlossenen Herausarbeitung durch die Rechtsprechung der höchsten Gerichte eine in jeder Beziehung neue Rechtserscheinung darstellt.

Wir möchten daher unmißverständlich feststellen, daß wir die Verwirkung als neues Rechtsinstitut ansprechen[585]).

582) S. hierzu Gierke a.a.O.

583) Furler a.a.O. S. 84.

584) Vgl. die letzte Siebert'sche Besprechung der mehrfach erwähnten Entscheidung des RG. vom 4. 7. 1937 RG. 155, 148 = JW. 1937, 2495.

585) Klausing a.a.O. S. 1842 spricht von einem „spezifischen" Rechtsinstitut.

3. Schließlich wollen wir auch zu der Frage der sogenannten Subsidiarität der Verwirkung kurz Stellung nehmen. Man hat behauptet,[586] der Verwirkung komme subsidiäre Bedeutung zu. Dies hätte zu bedeuten, daß jede Untersuchung der Frage des Vorliegens einer Verwirkung zunächst mit der Feststellung zu beginnen hätte, ob nicht andere besondere Rechtsgebilde und Vorschriften tatbestandsmäßig zur Anwendung zu gelangen hätten, die Verwirkung aber erst bei Ermangelung derartiger Spezialregelungen Raum habe. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Hier liegt offenbar eine irrtümliche Rechtsauffassung vor. Subsidiarität wird hier mit besonders geregelter Tatbestandsmäßigkeit verwechselt. Es ist oben eingehend dargetan worden, daß Verwirkung nichts mit denjenigen Rechtsgebilden gemein hat, mit denen sie — man denke namentlich an Verschweigung, Verzicht, Verjährung — so häufig im Laufe der Zeiten verwechselt worden ist. Daraus folgt aber gerade, daß bei tatbestandsmäßigem Vorliegen eines dieser Gebilde für die Verwirkung überhaupt keine Anwendungsmöglichkeit besteht und daß sie nur, aber dann auch stets zur Geltung kommt, wenn ihre ureigenen Voraussetzungen[587] vorliegen. Aus dieser Erkenntnis hatten wir ja gerade die Folgerung gezogen, daß es sich bei der Verwirkung um ein durchaus geschlossenes selbständiges Gebilde handelt. Dann aber muß es als fehlerhaft erscheinen, hier von Subsidiarität sprechen zu wollen. Denn Subsidiarität im Rechtssinne liegt dann vor, wenn die anzuwendende Norm kraft positiver Vorschrift nur zur Anwendung gelangen darf, wenn eine Primärnorm tatbestandsmäßig entfällt. Zwischen subsidiärer und primärer Norm muß daher rechtsnotwendig eine irgendwie geartete innere normative Beziehung bestehen. Sie müssen beide Ausdruck eines induktiv zu gewinnenden höheren Rechtsgedankens sein. Das ist aber gerade bei der Verwirkung nicht der Fall. Es ist daher widerspruchsvoll, wenn Siebert[588] im Gebiete des Zeichenrechts die „Verwirkung wegen ihrer „Subsidiarität" dann ausschaltet, wenn infolge Zeitablaufs keine Verwechslungsgefahr mehr besteht. Wenn er darauf hinweist, daß die Unterlassungsklage infolge Zeitablaufs und sonstiger Umstände abzuweisen sei, so trifft dies zu, weil es an

586) Vgl. hierzu Tschischgale S. 92, ganz im Widerspruch zu seinen Reformvorschlägen S. 98 ff.: Siebert, Verwirkung S. 215 ff., 245, 249; Lange in Dt. Recht 1935 S. 466.

587) S. unten Seite 145 u. S. 151.

588) Verwirkung S. 215.

den Voraussetzungen der Verwirkung fehlt, sie also aus diesem Grunde nicht zur Anwendung gelangt, nicht aber entfällt sie wegen ihrer subsidiären Natur. Ebenso ist die Sachlage, wenn die an sich täuschende Ursprungsbezeichnung später ihren täuschenden Charakter verliert oder wenn sonst etwa § 1 UWG deshalb nicht zur Anwendung kommt, weil die Sittenwidrigkeit fortgefallen ist. Auch im Gebiete des Prozeßrechts vermögen wir mit Siebert[589] eine Subsidiarität ebenso wenig anzuerkennen wie gegenüber der Auslegungsregel des § 157 BGB[590]. In den hier von Siebert erwähnten Fällen ist für die Verwirkung lediglich deshalb kein Raum, weil es an den Voraussetzungen ihres Vorliegens fehlt, und es möchte uns scheinen, als ob sich Siebert mit dieser Auffassung in Widerspruch zu seiner eigenen Lehre vom Rechtsmißbrauch setzt, weil die Vorstellung eines bloß subsidiären Verbots mißbräuchlicher Rechtsausübung unvollstellbar ist. In diesem Sinne hat denn auch z. B. das Reichsgericht in der von uns mehrfach erwähnten Patentrechtsentscheidung[591] zutreffend entschieden, daß nicht unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität, sondern wegen Fehlens der Voraussetzungen die Verwirkung entfalle, nachdem festgestellt worden war, daß die Klage wegen der dreijährigen Verwirkungsfrist abgewiesen werden mußte.

Die Verwirkung ist also kein subsidiäres Rechtsinstitut.

## IV. Die Verwirkungsvoraussetzungen.

### 1. Allgemeines.

Aus dem Wesen des Rechtsmißbrauchs folgt, daß der Verwirkungstatbestand kein Verschuldenstatbestand, das Verschulden daher auch nicht Voraussetzung für den Eintritt der Verwirkung sein kann. Es war festgestellt worden, daß die Verwirkung ein Fall einer Rechtsausübung ist, der sich deshalb als rechtsmißbräuchlich darstellt, weil das untätige Verstreichenlassen einer Frist und die spätere Geltendmachung des Rechts mit Rücksicht auf den Gegner ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist. Den Grund der Verwirkungsfolge bildet nicht schuldhaftes Verhalten, sondern objektiv

589) Verwirkung S. 245.
590) Siebert a.a.O. S. 249 Anm. 7.
591) MuW 30, 371.

treuwidriges, rechtsmißbräuchliches Tun. Die Verwirkung ist daher weder ein Gegenstück zur Verschuldenshaftung, noch ein Komplement zur Verursachungshaftung. Sie steht vielmehr auf gleichem Boden mit den Fällen der bekannten Billigkeits- und Ausgleichshaftung, wie wir sie in den §§ 904, 829, 231, 951 BGB vorfinden.[592]) Es wäre mit den Grundsätzen der gemeinschaftsverbundenen Rechtsstellung von Vertragspartnern unvereinbar, wollte man dem Vorgehen des Gläubigers, der allzulange untätig blieb, nicht entgegentreten. Die Verwirkung verträgt demnach als Hauptanwendungsfall der Lehre vom Rechtsmißbrauch unter keinen Umständen das Element des Verschuldens als auch nur irgendwie geartete Voraussetzung ihres Bestandes. Verschulden im Rechtssinne ist pflichtwidriges und persönlich verwerfbares Verhalten.[593]) Letzteres fehlt aber gerade bei der Verwirkung.[594]) Es ist verständlich, daß sich Rechtssprechung und Schrifttum erst sehr allmählich zu dieser Erkenntnis durchgerungen haben und daß sich die scharfe Abgrenzung unseres Gebildes von deliktischen, quasi-deliktischem, schikanösem und sittenwidrigem Verhalten erst nach und noch im Laufe der Zeit vollzogen hat. Es ist besonders zu begrüßen, daß diese in jüngster Zeit sowohl vom Reichsgericht wie vom Reichsarbeitsgericht gewonnene Erkenntnis endlich völlige Klarheit gebracht hat. Dies gilt nicht nur von den Entscheidungen im Gebiete des Aufwertungsrechts[595]) und des Wettbewerbsrechts,[596]) sondern auch in Ansehung des Arbeisrechts[597]) und anderer Rechtsgebiete[598]). Unter diesen Umständen braucht nur angedeutet zu werden, daß die frühere Praxis Kennen oder wenigstens Kennenmüssen des Berechtigten vom Bestande seines Rechts verlangte, um die Verzögerung der Geltendmachung des Rechts in concreto als Verwirkung erscheinen

592) Stoll a.a.O. I § 23 S. 98 und II § 44 S. 173. — Vgl. auch die Billigkeitshaftung nach § 1 II § 2 des Beamtenhaftpflichtgesetzes vom 22. 10. 1910 — Auch die für das Handeln auf eigene Gefahr eintretende Haftung ist ihrem Wesen nach Billigkeitshaftung (vgl. §§ 302, 717, 945 ZPO.)

593) So: Stoll a.a.O. S. 98 a, 173.

594) Dies übersieht z. B. Tegtmeyer a.a.O. S. 3100. Verfehlt auch Pawelek S. 27, 28; Rocholl S. 31, 33.

595) RG. Bd. 131, 226, 233, 134, 357/58.

596) RG. Bd. 134, 38, 41, 138, 294. — Ebenso Pinzger, Komm. z. W.Z.G. (2. Aufl.) S. 206. — Irrig: Baumbach, Kurzkomm. z. W.Z.G. (3. Aufl.) S. 56: „Es kann unmöglich der sein Recht verwirken, der ganz (?) schuldlos nicht eingeschritten ist."

597) RAG. Bensheimer Bd. 16, 243, 250.

598) RG in JW. 1935 S. 2883, 84 und jüngst noch RG 155, 151, 152 und RAG. vom 20. 10. 37 in JW. 1938 S. 541.

zu lassen, wobei die Judikatur im Einzelnen stark schwankte, ob sichere Kenntnis oder schon fahrlässige Unkenntnis im einzelnen Falle genügen sollte.[599] Ein Rückfall in die von uns als fehlerhaft bezeichnete Auffassung bedeutete die stark umstrittene Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Mai 1935,[600] in der wiederum schuldhaftes verspätetes Vorgehen des Berechtigten verlangt wurde. Demgegenüber ergibt sich aber aus der neuesten Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 6. 1937,[601] daß es sich bei der obigen Entscheidung um einen absoluten Ausnahmefall handelt, dem besondere Bedeutung nicht mehr beigemessen werden kann.[602] Mit erfreulicher Deutlichkeit sagt hier der höchste Gerichtshof, daß es einer seit langem gefestigten Rechtsüberzeugung entspricht, daß lediglich der Verstoß gegen Treu und Glauben, das objektive illoyale verspätete Geltendmachen des Gläubigerrechts die Verwirkung, die ein Sonderfall unzulässiger Rechtsausübung sei, rechtfertige. Es sei unrichtig, wenn im Schrifttum die Auffassung entstanden sei, daß das Urteil des zweiten Senats vom 17. 4. 1934 (Bd. 144 S. 22) als Einschränkung des angeführten Grundsatzes aufgefaßt und unter diesem Gesichtspunkt bekämpft worden sei.[603] Daraus erhellt, daß schuldhaftes verspätetes Vorgehen des Berechtigten vielleicht ein Umstand sein mag, der für die Bemessung der Länge der Verwirkungsfrist als Erkenntnisunterlage für den Richter Bedeutung gewinnen kann, eine Verwirkungsvoraussetzung ist es aber nicht.[604] Wir sind deshalb auch der Meinung, daß der § 254 BGB mit der Verwirkung nichts zu tun hat.[605]

### 2. Die Voraussetzungen auf Seiten des Berechtigten.

Die Verwirkungsvoraussetzungen auf Seiten des Berechtigten sind Unterlassung der Rechtsausübung überhaupt und Unterlassung während einer aus dem besonderen Umstande des Falles sich er-

599) Vgl. die Nachweisungen bei Tschischgale S. 30, Anm. 2. Die ersten abweichenden Entscheidungen des RG s. ebenda S. 31, Anm. 9.

600) JW. 1935 S. 2946.

601) RG. 155 S. 151, 152.

602) Zutreffend Siebert in JW. 1935 S. 2946.

603) Siebert in JW. 1937 S. 612.

604) So auch Erdmann S. 21. Anderer Ansicht die überwiegende Mehrzahl des Schrifttums, dem die tiefere Herausarbeitung des Kerngedankens der Verwirkung als des wichtigsten Anwendungsfalles mißbräuchlicher Rechtsausübung noch nicht gelungen ist. Nachweisung siehe bei Tschischgale S. 32, insbesondere Anm. 13 i.V.m. S. 24, Anm. 34.

605) A. A. RG. in JW. 1935 Nr. 26 S. 1842. — Richtig Tschischgale S. 91 Anm. 34.

gebenden Zeitspanne. Daß die Verwirkungsfrist ein Begriffselement der Verwirkung darstellt, bedarf keiner Erörterung mehr[606]. Die Unterlassung der Geltendmachung[607] oder der Ausübung der Rechte des Berechtigten muß derart unterblieben sein, daß der Gegner mit einer Rechtsbetätigung nicht mehr hat rechnen brauchen. Es ist der Schutz des Vertrauens des Betroffenen, der die Unterlassung zur Wesensvoraussetzung der Verwirkung erhebt[608]. Dabei ist es gleichgültig, ob er es unterläßt, auf gerichtlichem oder außergerichtlichem Wege vorzugehen. Wendet er sich allerdings außergerichtlich an den Betroffenen unter Umständen, die gerichtliche Schritte alsbald erwarten lassen, so liegt ein Unterlassen in vorbezeichnetem Sinne dann vor, wenn er mit der Ergreifung gerichtlicher Maßnahme solange wartet, daß die Gegenseite billigerweise mit dem Fallenlassen der ganzen Angelegenheit durch den Gläubiger rechnen konnte. Die Tatsache des vorangegangenen rechtzeitigen außerordentlichen Vorgehens ist dann unbeachtlich[609]. Wie lange die Frist zu bemessen ist, nach deren Ablauf mit dem Vorhandensein des Gegenrechtes nicht mehr gerechnet zu werden braucht, ist eine Frage des Einzelfalles und der besonderen obwaltenden Umstände, die in ihrer Gesamtheit und in ihrer speziellen Bedeutung gewürdigt werden müssen[610]. Es muß sich jedenfalls um eine unangemessen lange Zeitspanne handeln[611]. Es leuchtet ein, daß bei den sich relativ schnell abwickelnden Tatbeständen des Handelsrechts, des Verkehrsrechts und bei den Geschäften des täglichen Lebens die Zeitspanne erheblich kürzer zu berechnen ist als etwa bei den durch ihre Wichtigkeit und durch ihre Beharrungstendenz gekennzeichneten Rechtsgeschäften im Gebiete des Grundstücksrechts, der Erbauseinander-

606) Franke in JW 1937 S. 1121 Anm. 3.

607) Und zwar nicht nur durch Klageerhebung oder gerichtliche Schritte anderer Art, sondern durch jede eindeutige auf Einverlangung oder Durchsetzung des Rechts gerichtete Gläubigererklärung. Dänzer-Vanotti in DJZ 1936 Heft 24 S. 1457. Für die Geltendmachung bestehen keine Formvorschriften: Franke in JW. 1937 S. 1121.

608) RG in JW. 1935 S. 2883/84.

609) RG in JW. 1931 S. 40 und JW 1933, 1396, 97.

610) So mit besonderer Betonung die gesamte einschlägige Judikatur.

611) Vielleicht darf hier an die bekannte Rechtssprechung des RG in Sachen der zu kurz bemessenen Fristsetzung in den Fällen erinnert werden, in denen von „angemessener Frist" die Rede ist. Wie hier eine unangemessen k u r z e Frist, wird bei der Verwirkung eine unangemessen l a n g e Zeit als ungerecht und nachteilig von der Rechtsordnung mißbilligt. Vgl. schon RG 56, 234; 62, 68; Seuff. Arch. 59, 266; Romeick, Zur Technik des BGB Heft 1 Fristbestimmung 1901; Enneccerus (Lehmann) II § 14 Nr. 5; RGRK zu § 250 Nr. 2; Oertmann, Planck, Siber, Warneyer u. a. Kommentar zu § 250.

setzung, des Hypotheken- und Vermögensverkehrs. Ist doch der Gläubiger in diesen Fällen gehalten, Erwägungen und Untersuchungen anzustellen oder Feststellungen zu treffen, die oft geraume Zeit erfordern, womit der Schuldner zu rechnen hat[612]). Zu würdigen sind die besonderen Umstände, auf die immer wieder abgestellt wird, nicht nur in der Person des Verletzers, wie die arg umstrittene Hunyadi-Janos-Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 134, S. 384 noch annahm, vielmehr sind ausnahmslos auch alle auf der Seite der Berechtigten maßgeblichen Umstände d. h. alle für beide Teile in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen, was besonders in der litin-mitin-Entscheidung[613]) zutreffend betont wird[614]). Im übrigen zeigen uns die höchstrichterlichen Entscheidungen, daß der Fristablauf im Aufwertungsrecht nach anderen Gesichtspunkten beurteilt werden muß als im Wettbewerb und im Arbeitsrecht, was sich daraus erklärt, daß die der Beurteilung zugrunde liegenden Tatbestände der Aufwertung durch ihre eigenartige und besondere Natur ausgezeichnet sind[615]). Im Arbeitsrecht ist eine verschiedene Bemessung der Verwirkungsfrist nach Beginn und Dauer grundlegend für eine abgestufte Anwendung der Verwirkung[616]). Daß hier an den Takt des Richters hohe Anforderungen in Ansehung der Beurteilung der konkreten Lebensvorgänge zu stellen sind, bedarf keiner Erwähnung. Natürlich muß auch geprüft werden, welcher Natur der der Verwirkung unterworfene Einzelanspruch ist. Unklare Rechtslagen, Entwicklungslagen und Schwebezustände bedürfen ihrer Zeit, damit mit genügender Klarheit festgestellt werden kann, ob und in welchem Umfang der fragliche Anspruch besteht. Hier darf der Richter, um vielleicht das Rechtssicherheitsbedürfnis[617]) zu befriedigen, nicht zu früh zur Bejahung einer Verwirkung kommen. Erst wenn die Rechtslage geklärt ist, kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit einem Vorgehen des Berechtigten gerechnet werden, sodaß vor dem entsprechenden Zeitpunkt eine Verwirkung nicht eintreten kann.

612) Vgl. hierzu RG. Bd. 119, 234, 36 und 131, 226, 235 gegenüber RG 124, 43, 46 und 139, S. 76.

613) JW. 1933 S. 53.

614) Vgl. Siebert in JW. 1932 S. 943.

615) Ueber Einzelheiten, die hier nicht näher zu verfolgen sind, vgl. Tschischgale S. 20.

616) Ueber Richtlinien, die hier aufzustellen sind, s. Franke in JW. 1937 S. 1120, 1121.

617) Ueber diesen Begriff s. Henkel S. 65 ff.

Mit Recht wird im Schrifttum auch darauf hingewiesen, daß die Persönlichkeit der Vertragspartner auf die Berechnung der Länge der Zeit von Einfluß sein kann[618]. So kann ein Privatmann nach allgemein gültiger Auffassung im Rechtsleben eine längere Zeit hindurch darauf gefaßt sein, in Anspruch genommen zu werden, als ein Kaufmann oder Gewerbetreibender, die ja in vielen Beziehungen strenger und in ihren Verhaltensweisen ungünstiger vom Gesetz angefaßt werden als der mit wirtschaftlichen Dingen nicht vertraute Volksgenosse. Von ihnen wird daher ein schnelleres Vorgehen erwartet. Die Frage der Geschäftsgewandtheit, des Alters, der geistigen Reife usw., der Fachkenntnisse, können daher in dieser Beziehung von Bedeutung werden. Ebenso kann der Umstand Beachtung gewinnen, ob der Berechtigte oder der Schuldner vermögend oder unvermögend ist[619]. Hängt doch von allen diesen Gesichtspunkten im Leben erfahrungsgemäß die bald schneller, bald langsamer erfolgende Wahrung und Durchsetzung von Rechten ab. Daß ein verarmter Schuldner eher als ein vermögender mit dem Fallenlassen der gegen ihn begründenden Forderung rechnen kann, liegt auf der Hand[620], zum mindesten wenn der Anspruchsberechtigte von den ungünstigen Verhältnissen des Schuldners Kenntnis hat und keinerlei Abrede dahin besteht, daß der Gläubiger erst nach Besserung der Verhältnisse solle berechtigt sein, seine Forderung geltend zu machen.

In gleicher Weise kann es wichtig werden, ob der Berechtigte oder der Schuldner im Inland oder Ausland seinen Wohnsitz hat; erfordert doch in derartigen Fällen nicht nur die außergerichtliche Geltendmachung, sondern auch die Einklagung eine längere Zeitspanne als sonst. Auch können sich hier der Rechtsverfolgung Schwierigkeiten allgemeiner Art in den Weg stellen, die eine Verwirkung erst nach Ablauf der durch die besonderen Umstände bedingten Frist gerechtfertigt erscheinen lassen. Daß die wirtschaftliche Stärke oder Schwäche, daß Umfang und Kapitalkraft kaufmännischer Unternehmungen gerade im Wettbewerbsrecht für die Fristbemessung der Verwirkung von Bedeutung ist, wird von der Praxis besonders betont[621]. Auch die Intensität des jeweils vorgenommenen

618) Tschischgale S. 21.
619) RG. in JW. 1929 S. 179/80 und S. 768.
620) RG. 134, 359.
621) Vgl. hierzu RG in JW 1933, S. 53/54, RG. 129 S. 258

Eingriffs in den Fortbestand eines ordnungsgemäß eingerichteten und fortgeführten Gewerbeunternehmens kann von Bedeutung sein.

Ebenso darf der Grundsatz anerkannt werden, daß im Gebiet des Arbeitsrechts[622]) ein Gefolgschaftsmitglied, von besonderen Fällen abgesehen, mit einem Vorgehen des Betriebsführers gegen ihn längere Zeit hindurch rechnen muß als dieser im umgekehrten Falle[623]). Denn nur zu Gunsten des Betriebes kann im Interesse der Betriebsgemeinschaft der Satz anerkannt werden, daß auf schnelle Klärung strittiger Fragen und unsicher gewordener Verhältnisse zu dringen ist, damit die im Interesse der Allgemeinheit notwendigen Maßnahmen getroffen werden können[624]).

Die Persönlichkeit der Parteien kommt aber schließlich noch insofern in Betracht, als bewußtes Nichtgeltendmachen von Ansprüchen zu relativ schneller Verwirkung führen kann, wenn nicht besondere Gründe für die Verzögerung obwalten. Ob hier bloße Unkenntnis des Berechtigten vom Vorhandensein bzw. von der Fälligkeit seiner Ansprüche zu seinen Gunsten die Verwirkungsfrist hinauszuschieben vermag, kann nur nach dem Einzelfalle beurteilt werden. Schuldlose Unkenntnis dürfte hier wohl Beachtung finden, während die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis zu Lasten des Berechtigten geht[625]). Auch die Gründe der Verzögerung in der Person des Anspruchsberechtigten sind nicht unwichtig. Abwesenheit aus privaten Gründen wird anders zu beurteilen sein als Krankheit oder Abwesenheit aus dringenden geschäftlichen Gründen, und diese wird wieder anders zu bewerten sein als Verhinderung durch öffentlichrechtliche Pflichttätigkeit im Dienste von Staat und Partei[626]). Entsprechend wird auch schuldhafte bzw. schuldlose Unkenntnis vom Bestand des fremden Rechts auf der Gegenseite ins Gewicht fallen. So ist in allen diesen Fällen mit einer Fülle

622) Siehe hierzu die neueste Entscheidung des RAG. in JW. 1938 S. 541.

623) S. hierzu Siebert im Hdwb. der R.W. Bd. VIII S. 769. Die gelegentlich aufgestellte Behauptung, die Verwirkung sei durch das A.O.G. vom 20. 1. 1934 ausgeschlossen worden — vgl. Westermann in DJZ. 1935 S. 397 — geht fehl, sie ist durch nichts gerechtfertigt. Dänzer-Vanotti in DJZ. 1935 S. 1082 ff. Auch „grundsätzliche" Erwägungen können heute nicht mehr gegen die Anerkennung des Verwirkungsgedankens im Arbeitsrecht ins Feld geführt werden. Abzulehnen: Herschel in Dtsch. Arb. R. 1936 S. 184 ff. und Soz. Praxis 1937 Heft 27 und 39. Näheres hierüber s. auch unten S. 152.

624) So besonders RAG. Bd. 10 S. 354, 362.

625) Vgl. z. B. RG. Bd. 111 S. 192, 198, 134 S. 38, 40. RAG. Bensheimer Bd. 16 S. 243, 250.

626) Wehrmacht, öffentlichrechtliche Körperschaften usw.

von Gesichtspunkten, verschiedenen Graden der Abstufung, der Größe des Verschuldens und Maßstäben proportionaler Wertung im Einzelfalle zu rechnen, sodaß eine schematische Regel weder nach der einen noch nach der anderen Richtung aufgestellt werden kann. In diesem Sinne spricht auch das Reichsgericht in seiner neuesten Entscheidung ⟨Bd. 155 S. 152⟩ mit erfreulicher Klarheit und Deutlichkeit davon, daß es immer nur „besondere Umstände" sein können, unter denen die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt[627]⟩. Der Kreis der besonderen Umstände, unter denen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt, wird aber nach der Auffassung des Reichsgerichts nicht dadurch erschöpft, daß der Schuldner aus dem Verhalten des Gläubigers habe annehmen müssen, daß dieser den Anspruch nicht mehr geltend machen wolle, sodaß er sich darauf einrichten durfte, mit dem Anspruch nicht mehr rechnen zu brauchen. Vielmehr seien, wie das Reichsgericht sagt, unter den besonderen Umständen auch der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der Gemeinschaftsgedanke, die billige Rücksicht auf die Lage der Verpflichteten, die Verkehrssitte, der Vertrauensschutz und die konkrete Rechtspflicht zur rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs[628]⟩ zu begreifen. Diese Hinweise geben eine für die Praxis durchaus hinreichende Grundlage ab, um das Richten nicht etwa zu einem Rechnen zu machen, sondern als ein an „Grenznormen gebundenes Schöpfen aus dem Vollen der Erfahrung und der Gerechtigkeit"[629] erscheinen zu lassen.

Dabei soll allerdings bemerkt werden, daß die Prüfung des Vorliegens der Verwirkungsvoraussetzungen unbedingt in den Grenzen des Gesetzes zu erfolgen hat. Dies wird z. B. wichtig bei der Frage, ob im Arbeitsrecht die Verwirkung tariflicher Ansprüche im Falle der Unabdingbarkeit der Tarifordnung entfällt. U. E. ist dies mit Rücksicht auf den Gesetzescharakter der Tarifordnung grundsätzlich zu bejahen[630]⟩. Auch wird bei untertariflicher Lohnzahlung eine Anspruchsverwirkung wegen Gesetzesverstoßes des

627⟩ Das hat aber mit „Subsidiarität" der Verwirkung — oben S. — nichts zu tun.

628⟩ So RG. — in Anschluß an Siebert — in JW. 1937 S. 612.

629⟩ Furler: Besitz, Verkehrsgeltung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht 1932 S. 82.

630⟩ A. A. Siebert in JW. 1938 S. 542: „Es ist nicht möglich, nicht notwendig, sondern m. E. sogar bedenklich, die Abdingbarkeit über alle Gebote anständigen Verhaltens schlechthin triumphieren zu lassen".

Unternehmers praktisch stets ausgeschlossen sein[631]). Doch kann man auch hier in ganz außergewöhnlich gelagerten Fällen zur Annahme einer Verwirkung gelangen.

### 3. Die Voraussetzungen auf Seiten des Gegners.

Wie schon mehrfach angedeutet worden ist, genügt weder Zeitablauf noch Illoyalität des Berechtigten zur Feststellung des Vorliegens einer allgemeinen Verwirkung im hier vorliegenden Sinne. Wie vielmehr besonders die höchstrichterliche Rechtsprechung immer wieder betont hat, gehört dazu außerdem noch eine besondere Einrichtung, gehören Veranstaltungen oder Maßnahmen, die der Inanspruchgenommene in der Zwischenzeit getroffen hat, um derenwillen überhaupt erst das Vorgehen des Gläubigers im Einzelfalle als unbillig erscheint. In diesem Erfordernis ist jener Umstand zu erblicken, der die Verwirkung zu einem ganz charakteristischen selbständigen Rechtsinstitut erhebt. Würde der Gläubiger mit der Geltendmachung seiner Forderung, der Berechtigte mit der Durchsetzung seiner Ansprüche allzu lange gezögert haben, so würde deshalb allein im allgemeinen sein Vorgehen noch nicht als treuwidrig erscheinen können. Erst dadurch, daß die verspätete Geltendmachung des Rechts auf einen Zustand in der Rechtssphäre des Gegners stößt, der durch die wirtschaftliche Fortentwicklung und durch das Geschehen der Zwischenzeit beim Gegner eine Veränderung der wirtschaftlichen Gesamtlage herbeigeführt hat, wird die Rechtsdurchsetzung zu einer illoyalen gestempelt und der Rechtsverlust durch Verwirkung gerechtfertigt.[632]) Das will besagen, daß nur beim Zusammentreffen aller dieser Bedingungen ein echter Verwirkungsfall gegeben ist. Schlichte Untätigkeit des Gläubigers führt vielleicht zur Verjährung, niemals aber zur Verwirkung.[633]) Ein solcher Fall kann sich ergeben, wenn der Inanspruchgenommene die längere Zeit hindurch dem Gegner bereitgehaltenen Befriedigungsmittel inzwischen anderweitig verwendet, oder wenn er Maßnahmen wirtschaftlicher oder rechtlicher Art getroffen hat, deren Rückgängigmachung von ihm billigerweise nicht mehr verlangt werden kann. In gleicher Weise dürfte im Gebiet des Wettbewerbsrechts zu Gunsten des Betroffenen die Tat-

631) Auch hier wohl a. A. Siebert a.a.O.

632) Zutreffend: Dänzer-Vanotti a.a O. S. 1459. Dies wird von besonderer Wichtigkeit für den Begriff der „Zumutbarkeit" im Arbeitsrecht; s. jetzt RAG. in JW. 1938 S. 542.

633) So ausdrücklich RAG. 213/1931 v. 2. 12. 1931, Alte Stuttg. Kartei: „Verwirkung, Einzelfälle 1".

sache zu beurteilen sein, daß er durch den Gebrauch der beanstandeten Marke oder durch die sich als Verletzung darstellende Bezeichnung oder Nachbildung in der Zwischenzeit einen so hohen Wirtschaftsstandard, daß er sich so wertvolle Anlagen und Einrichtungen geschaffen hat, daß die Rückgängigmachung als wirtschaftsfeindlich bezeichnet werden muß und ein Aufleben des früheren Rechtszustandes von ihm vernünftigerweise nicht verlangt werden kann. Denn kraft seines Wirkens hat ja bei aller Mißbilligung seiner Verletzungstätigkeit die Nachbildung oder Zeichenführung inzwischen neue Verkehrsanerkennung gefunden, und wir wissen, wie schnell sich ein derartiger neuer Zustand entwickeln und vom Verkehrsleben als gerechtfertigt angesehen werden kann. Der Macht der Tatsachen müssen aber gerade im Wettbewerbs- und im Urheberrecht Konzessionen gemacht werden. Dies liegt in der Natur der hier einschlägigen Tatbestände, weshalb ja auch die Praxis der Verkehrsgeltung oder dem Besitzstand des Schöpfers rechtserzeugende Kraft beilegt.[634] Nicht genügend wäre eine bloße Anwartschaft auf eine derartige Verkehrsanerkennung, sie reicht nicht aus.[635] Gewiß darf der Inanspruchgenommene derartige Verfügungen und Besitzstandsschöpfungen nicht schon in einem Zeitpunkt getroffen haben, zu dem er mit dem Vorgehen des Berechtigten gegen ihn hat rechnen müssen. Jedenfalls könnte dies eine Verkürzung der Verwirkungsfrist zum Nachteil des Gläubigers nicht rechtfertigen.[636] Aber wenn die Maßnahmen zu einer Zeit getroffen sind, in der vom Standpunkt des Betroffenen aus billigerweise mit der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs seitens des Berechtigten aus verständlichen und allgemein erkennbaren Gründen nicht mehr gerechnet werden kann, und so ein Zustand entsteht, der das nunmehrige Vergehen des Gläubigers als ungerechtfertigt und infolge der Verspätung als illoyal erscheinen läßt, dann zeigt sich, daß die in der Zwischenzeit getroffenen Einrichtungen jene Kraft entfalten, die den Rechtsverlust als Verwirkung erscheinen läßt.

Im Arbeitsrecht ist die Frage, ob und inwieweit die verspätete Geltendmachung tariflicher Gehaltsansprüche gerade mit Rücksicht

634) Vgl. hierzu RG. 138 S. 294 und Bd. 120 S. 325, Bd. 127, S. 321, 324. Vgl. hierzu auch Siebert in Verwirkung S. 10 und 193.

635) Ueber den Begriff des Besitzstandes s. Gumpel S. 90. Daß der Grundsatz der wettbewerblichen Priorität mit der Verwirkung durchaus verträglich ist, verkennt Fischer S. 46.

636) Andererseits aber auch nicht eine Verlängerung dieser Frist! Zutreffend Tschischgale S. 28 Anm. 7.

auf die Wirtschaftsentwicklung eines Unternehmens und die inzwischen veränderten Verhältnisse dem Betriebsführer noch zugemutet werden können, immer wieder mit größter Sorgfalt untersucht worden. Eine jüngst veröffentlichte Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 20. Oktober 1937[637] befaßt sich in besonderer Weise mit dem Begriff der Zumutbarkeit. Während das Landesarbeitsgericht die Meinung vertrat, einem Betriebsunternehmer durch Anerkennung der Verwirkung Schutz dagegen gewähren zu müssen, daß er unter Umständen noch nach Jahren einer größeren Anzahl von Angestellten Tariflohnbeträge nachzahlen müsse, verficht das Reichsarbeitsgericht den Standpunkt, daß die Frage der Zumutbarkeit vom Vorderrichter deshalb zu Unrecht verneint worden sei, weil es sich nur um die Nachforderung eines einzigen Angestellten gehandelt habe. Auch wenn Nachforderungen einzelner Angestellten in Betracht kämen, könne von einer Unzumutbarkeit im Sinne der Verwirkungslehre keine Rede sein, da nicht davon ausgegangen werden könne, daß die Angestellten des Unternehmens in größerem Umfange unrichtig in die Gehaltsgruppen eingestuft worden seien.

Aus dieser Entscheidung ergibt sich, daß im Arbeitsrecht außer den bereits bekannten Verwirkungsvoraussetzungen der Frage der Unzumutbarkeit besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, wenn auch das Reichsarbeitsgericht keine genauen Richtlinien darüber aufstellt, wie die rechtliche Begründung für die Anwendung dieses Gesichtspunktes im einzelnen zu erfolgen hat. Siebert[638] faßt dies dahin auf, daß man bei einem finanziell besonders leistungsfähigen Unternehmer der Frage der Verwirkung von Lohnansprüchen nicht mit der allgemeinen Formel gerecht werden könne, bei ihrer Untersuchung „größere Vorsicht" anzuwenden. Dies sei nichtssagend. Der Begriff der Zumutbarkeit könne vielmehr „nur aus dem Sinn und der Art aller Umstände des jeweiligen Arbeitsverhältnisses entwickelt werden und dann bedeutet Unzumutbarkeit für den Unternehmer, daß er angesichts der besonders schwerwiegenden Treupflichtverletzung billigerweise verlangen kann, von einer Lohnzahlungspflicht freigestellt zu werden." Dem ist beizupflichten. Dabei ist es auch im Arbeitsrecht gleichgültig, um welche Art von Ansprüchen es sich handelt. Es kann nicht zugegeben werden, daß bei tariflichen Ansprüchen aus sozialpolitischen Gründen für die

637) RAG. 124/37 = JW. 1938 S. 541.
638) Anmerkung zu dieser Entscheidung in JW. 1938 S. 542.

Verwirkung kein Platz sei. So meint Herschel[639], dies gehe nicht an, weil die Gefahr bestünde, daß die Verwirkung zu „sozialreaktionären Zwecken" mißbraucht werden könne. Nur soweit die Parteien einen Vergleich schließen können, sei auch der Verwirkung von Lohnansprüchen Raum zu geben. Dies geht zu weit. Es ist nicht einzusehen, warum der Verwirkung diese künstliche Einschränkung aufgezwungen werden soll. Es ist Sache des Gerichts, den erforderlichen Takt im Einzelfalle walten zu lassen und den Verwirkungsbegriff nicht zu überspannen. Wir wissen, daß das Reichsarbeitsgericht in der Frage der Verwirkung tariflicher Ansprüche sehr zurückhaltend ist[640]. Aus Befürchtungen sozialpolitischer Natur aber den Verwirkungsbegriff einzuengen, dürfte weder rechtsmethodologisch noch rechtspolitisch gerechtfertigt sein[641].

Vielleicht ist es hier am Platze, auf eine gesetzlich anerkannte Generalklausel zu verweisen, deren Formel in durchaus passender Weise wiedergibt, was auch für die Verwirkung im Arbeitsrecht zu gelten hat: Nach dem Vollstreckungsschutzgesetz vom 13. 12. 1934 kann das Vollstreckungsgericht eingreifen, „wenn sich nach der Prüfung aller Umstände des Falles, insbesondere auch eines berechtigten Schutzbedürfnisses des Gläubigers, dessen Vorgehen gegen den Schuldner als eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte darstellt. Mit dieser Formulierung kann auch der mißbräuchlichen Ausnutzung tariflicher Lohnansprüche wirksam begegnet werden.

Zweifellos bestehen darüber, ob in subjektiver Beziehung in Ansehung der Person des Betroffenen besondere Voraussetzungen zu verlangen sind: Muß er in gutem Glauben gehandelt haben? Während die ersten wettbewerblichen Entscheidungen[642] dies verlangen, ist diese Voraussetzung als selbständiges Begriffserfordernis nunmehr ganz aufgegeben worden. Auch wenn der Verpflichtete das Recht des Gegners gekannt und mit der Geltendmachung ständig gerechnet hat, von einem guten Glauben in Ansehung des Rechts also nicht gesprochen werden kann, tritt Verwirkung ein. Entscheidend ist allein, daß er im Augenblick der verspäteten Gel-

639) DAR. 1936, 184 ff. und Soz. Prax. 1937, Heft 27 und 39.

640) RAG. in JW. 37, 2072 — RAG. 16, 69; 14, 333 — RAG. in JW. 37, 58 — RAG. in JW. 36, 2255 Nr. 69.

641) Vgl. hierzu Siebert a.a.O. S. 542 mit weiterem Schrifttum.

642) Siehe z. B. Bd. 111 RG. 192, RG. in JW. 1928 S. 2080/81.

tendmachung mit dieser nicht mehr zu rechnen brauchte[643]). Daß die Bösgläubigkeit des Betroffenen allerdings nach Lage des Falles die Verwirkungsfrist hinauszuschieben vermag, trifft zu und ist bereits erwähnt worden. Ein Hemmnis der Verwirkung selbst bildet die Bösgläubigkeit aber nicht, sofern sich die anfängliche Unredlichkeit wenigstens später verloren hat (sog. Umformungslehre)[644]).

Abschließend ist festzustellen, daß erst das Zusammentreffen aller drei Voraussetzungen, Fristablauf, Nichtgeltendmachung des Rechts und Einrichtung seitens des Betroffenen in der Zwischenzeit auf die hierdurch geschaffene Rechtslage die Verwirkungsfolge auslösen, sofern unter Berücksichtigung der besonderen Umstände[645]) des Einzelfalles die nunmehrige Geltendmachung der Rechte als Verstoß gegen Treu und Glauben, als mißbräuchliche Rechtsausübung erscheint[646]).

## V. Die Verwirkungsfolgen. — Prozessuales.

In der Lehre streitet man darüber, ob die durch die Verwirkung zur Entstehung gelangenden Rechtsfolgen einen Rechtserlöschensgrund darstellen oder ob das betroffene Recht in jedem Falle fortbesteht und lediglich die Rechtsausübung gehemmt oder ausgeschlossen wird[647]). Dementsprechend wird die Geltendmachung der Verwirkungsfolge als rechtsvernichtende Tatsache und als Einwand im prozessualen Sinne bezeichnet[648]). Die von uns zu treffende Entscheidung, welcher Art die Verwirkungsfolgen sind, kann nicht schwer fallen, nachdem festgestellt worden ist, daß die Verwirkung

---

643) So RG. Bd. 127, 321/24; 134, 38, 41; ferner RG. in JW. 1932 S. 3336/39 — Irrig: Schumann in GRUR 1933 S. 82 ff.: „Raubgut bleibt Raubgut" und Nolting-Hauff in GRUR 1932, 1088.

644) Vgl. hierzu die drei Fälle des „redlichen Besitzes" bei Presser in JW. 1937 S. 1863.

645) Eine im wesentlichen erschöpfende Zusammenstellung der „besonderen Umstände" findet sich bei Siebert, Verwirkung S. 252 und Hdwb. d. R. W. VIII S. 770. Ferner bei Tegtmeyer in Arch. ziv. Prax. Bd. 142 (Bd. 22) S. 231.

646) Vgl. zu dem Ganzen Reiner in GRUR 1931 S. 465 ff.: Tschischgale S. 29/30; Siebert im Hdwb. d. R. W. Bd. VIII S. 769.

647) Daß die Verwirkung niemals zur Entstehung eines neuen Rechts führt, leuchtet ein. — Oppenheim S. 20.

648) Vgl. zu dem Folgenden Siebert, Verwirkung S. 197 ff., 209, 219; in DJZ, 1928 S. 1542: Tschischgale § 16. Ferner Siebert, Verwirkung S. 56, 57, 175, 264; Dänzer-Vanotti: Verwirkung in DJZ. a.a.O. S. 1460; Heinemann in L.Z. S. 935; Lobe in MuW 1932 S. 436; Manigk in DJZ. 1936 S. 350; Staub-Heinichen a.a.O. S. 849; Staudinger-Werner a.a.O. S. 34; Lehmann in JW. 1936 S. 2196 u.a.m.

einen Hauptanwendungsfall der Lehre vom Rechtsmißbrauch bildet. Rechtslogisch kann die Folge einer mißbräuchlichen Rechtsausübung niemals der Untergang des Rechts als solchen sein. Es kann sich immer nur um einen Ausübungsendigungsgrund, nicht aber um einen Rechtsendigungsgrund handeln. Wenn wir auch den tieferen Sinn eines subjektiven Rechts in der Rechtsausübung, in der Rechtsbetätigung erblicken, so ließen wir doch keinen Zweifel daran, daß das subjektive Recht mit seiner Ausübung nicht begrifflich identifiziert werden darf. Wir wiesen bereits darauf hin, daß, wenn auch der Berechtigte aus zwingenden Gründen behindert ist, sein Recht zurzeit noch geltend zu machen, es dem Verpflichteten unbenommen bleibt, die Schuld zu tilgen, den Gläubiger zu befriedigen[649]). Bedeutet daher die Verwirkung ein Hemmnis für den Rechtsträger, sein Recht auszuüben oder geltend zu machen, so stellt dies doch noch keinen Erlöschensgrund d. h. einen Rechtsvernichtungsgrund dar, wie wir ihn in den im BGB geregelten Tatbeständen (z. B. § 362 bis 397 BGB) und in den durch Lehre und Praxis anerkannten sonstigen Erlöschensgründen[650]) vorfinden. Hier zeigt sich der Gegensatz unserer echten allgemeinen Verwirkung zu den oben S. 11 ff. behandelten Fällen der im BGB besonders geregelten gesetzlichen Verwirkung[651]). Dort ist festgestellt worden, daß es sich bei ihnen um einen Rechtsverlust, um einen Rechtsendigungsgrund, nicht nur um eine Unzulässigkeit der Rechtsausübung handelt. Hier ist dies anders[652]). Da fernerhin die an das Vorliegen einer unerlaubten Handlung, eines quasi-deliktischen Verhaltens oder sonstiger Legaltatbestände geknüpften Rechtsfolgen aus den oben angegebenen Gründen hier gar nicht in Frage kommen, kann kein Zweifel sein, daß wir es bei der Verwirkung mit dem Erlöschen der Rechtsausübungsbefugnis d. h. mit einem Rechtsausübungserlöschensgrund zu tun haben. Es können daher die in dem bisherigen

649) Dies übersieht z. B. Dänzer-Vanotti a.a.O. S. 1460 vollständig.

650) z. B. Unmöglichkeit der Leistung, Zweckerreichung Navation, Konfusion usw.

651) Dies gilt auch von der Verwirkungsklausel nach § 360 BGB. Sie führt zur Unwirksamkeit des Vertrages, darüber hinaus zur Entstehung eines Liquidationsschuldverhältnisses. — Vgl. Enneccerus (Lehmann) II § 40 (§ 264) und § 38 Anm. 5.

652) Dies verkennen noch viele. — Vgl. z. B. Manigk a.a.O. S. 352: „Verwirkung ist Verlust eines Rechts, der auf verschieden gearteten Ursache beruhen kann." Verzeihung, Zustimmung, Genehmigung, Gestaltung, Erlaß, Verzicht sind nach ihm Rechtsverlust durch Verwirkung.

Schrifttum vertretenen teils entgegengesetzten, teils unklaren[653] Ansichten nicht gebilligt werden.

Hier zeigt sich, so weit insbesondere auf die von Siebert vertretene Auffassung eingegangen werden soll, daß sich seine oben dargestellte Meinung von der Relativität des Rechtsinhalts,[654] von der konkreten Bedingtheit der Rechte als Irrtum erweist. Auf dem Boden der von ihm aufgestellten Rechtsmißbrauchslehre gelangt Siebert zutreffend zu dem Ergebnis, daß die Verwirkung kein Rechtsendigungsgrund ist.[655] Andererseits erblickt er aber in der Geltendmachung der Verwirkung eine rechtshindernde Einwendung d. h. ein Vorbringen, das sich nach althergebrachter Auffassung als Rüge eines Mangels in der Entstehung des beanspruchten Rechts darstellt. Nach Siebert soll also die Verwirkung zwar kein Rechtsendigungsgrund, wohl aber eine rechtshindernde Einwendung sein. Dies deshalb, weil mißbräuchliche Rechtsausübung nach ihm eine Rechtsüberschreitung und die betreffende Ausübungshandlung in Wahrheit von dem Rechtsinhalt nicht mehr gedeckt ist.[656] „Der Beklagte beruft sich auf eine von vornherein kraft Gesetzes bestehende inhaltliche Beschränkung des Rechts, die jetzt ihre Wirkungen entfallten soll[657].“ Wir hatten bereits dargetan, daß Siebert der irrigen Auffassung ist, unzulässige Rechtsausübung sei Ausdruck inhaltlicher Rechtsbeschränkung. Richtig ist dagegen, daß die Verwirkung ein Grund des Erlöschens der Befugnis zur Rechtsausübung ist, daß das Recht selbst dagegen inhaltlich unberührt bleibt, vom Vorliegen einer rechtshemmenden Einwendung — den Begriff so verstanden wie er allgemein aufgefaßt wird, somit keine Rede sein kann.[658] Auch die

653) So spricht z. B. Lehmann — a.a.O. S. 2196 — zunächst von der Verwirkung als Ausdruck inhaltlicher Begrenzung der Rechte, unmittelbar darauf aber von unzulässiger Rechtsausübung.

654) Grundfragen S. 202: Verwirkung S. 59, 89 u.a.m.

655) Siebert a.a.O. S. 139, 175, 254, ferner in JW. 1932 S. 943, JW. 1933 S. 53 u. 1268, JW. 1932 S. 2385, in DJZ. 1928 S. 1542, im Anwaltsblatt 1932 Seite 326.

656) Siebert, Grundfragen S. 203, Verwirkung S. 146, 149 u. in JW. 1935 Seite 1554.

657) Siebert, Verwirkung S. 146. Unklar erscheint auch — S. 175 — die Formulierung. Die Verwirkung stelle ein dauernd peremptorisches Ausübungshindernis dar. Dies ist zutreffend, wenn man darunter rechtsausübungsvernichtende Tatsache versteht (s. Text). Siebert faßt sie aber als rechtshemmende Einwendung im landläufigen Sinne auf.

658) Zutreffend Tschischgale a.a.O. S. 84. Der Satz, die Pflicht sei nach heutiger Denkweise immanente Begrenzung des Rechts — vgl. z. B. Buße a.a.O. S. 172 — will besagen, daß jede pflichtwidrige d. h. mißbräuchliche Ausübung des Rechts unstatthaft ist. Gegen Siebert auch Lange in Dtsch. Recht 1935 S. 466.

von Tschischgale hierzu gegebene Darstellung vermag nicht zu befriedigen. Zwar folgt auch er der richtigen Lehre, daß die Verwirkung keinen Rechtsendigungsgrund darstellt, weil das betroffene Recht in jedem Falle weiterbestehe, nur nicht mehr geltend gemacht werden dürfe, da die verspätete Geltendmachung wider Treu und Glauben verstoßen würde.[659] Bedenklich ist aber, wenn Tschischgale dann fortfährt: „Es ist wie ein verjährter Anspruch, zwar grundsätzlich nicht mehr einklagbar, wohl aber noch freiwillig erfüllbar", es ist daher angebracht, die §§ 222 Abs. 2, 223, 390, 478, 480, 639, 821 und 853 BGB auf ein Verwirkungsrecht entsprechend anzuwenden". Zwar soll gegen eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Verwirkung wegen Gleichheit des Grundes nichts vorgebracht werden.[660] Aber dieser Vergleich mit der Verjährung hinkt insofern, als nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes die Verjährung nur im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, der Verjährungstatbestand daher einredeerzeugend wirkt,[661] die Verwirkung aber zur Vernichtung des Rechtsausübungsrechts führt, sodaß die Geltendmachung des Rechts bereits von Hause aus als ausgeschlossen erscheint und unstatthaft ist, was von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Dies hat allerdings auch Tschischgale erkannt; lehnt er doch ausdrücklich die Verwirkung als rechtsvernichtende Tatsache ab[662]. Was sie nun aber eigentlich ist, vermag Tschischgale uns positiv nicht zu sagen. Nachdem er festgestellt hat, daß die Verwirkung niemals einen Rechtsendigungsgrund darstellt, sagt er ausdrücklich[663]: Sie begründet vielmehr ein Verbot einer wegen Verspätung pflichtwidrigen Rechtsausübung". Dies erscheint uns unzulänglich, denn wir erfahren zwar, daß die Verwirkung kein Rechtsendigungsgrund ist, es wird uns aber nicht berichtet, was sie konstruktiv in materiell- und prozeßrechtlichem Sinne eigentlich ist. Auch das übrige Schrifttum und die Praxis übergehen diese Frage[664]. U. E. bleibt nichts anderes übrig als folgerichtig zu sagen, daß die Verwirkung einen Rechtsausübungs-

659) Tschischgale a.a.O. S. 78/79.

660) Immerhin bedarf dies sorgfältiger Prüfung, was hier nicht erfolgen kann.

661) Dies ist unbestritten. Vgl. § 222 BGB. Eine sog. Naturalobligation im strengen Sinne liegt nicht vor, da ja geklagt werden kann. Ungenau Enneccerus I. § 218 III.

662) a.a O. S. 79, 80 und 84.

663) a.a.O. S. 80.

664) Das RG hat in anfänglichen Entscheidungen gelegentlich Rechtsbeendigung (rechtsvernichtende Tatsache) angenommen, neuerdings aber mit der herrschenden Lehre diese Auffassung aufgegeben. Es liegt nach RG. Einwand, nicht Einrede vor. Ueber das Schrifttum s. Tschischgale S. 81 Anm. 13 u. S. 85 Anm. 11.

vernichtungstatbestand darstellt. Wir haben es hier mit einem Begriff zu tun, der noch nicht allgemein geläufig ist. Es liegt dies vielleicht daran, daß die Herausstellung des Begriffsgegensatzes von Recht und Rechtsausübung, wie wir dies eingehend dargestellt haben, bis heute noch nicht mit der erforderlichen Klarheit vorgenommen ist. Vernichtungstatbestände der Rechtsausübung sind vom Standpunkt dynamischer Rechtsbetrachtung aus alle diejenigen rechtlich anerkannten Vorgänge, die zwar das Recht als solches in seinem Bestande unberührt lassen, lediglich dem Rechtsträger ⟨Gläubiger⟩ die Befugnis entziehen, das Recht geltend zu machen. Der Begriff erscheint nur verständlich, wenn man rechtsdynamisch zu denken gewöhnt ist[665]⟩. Nur vom Gläubiger aus gesehen soll das subjektive Recht der Durchsetzbarkeit entbehren, von der Schuldnerseite aus gesehen soll es Bestand haben und gegebenenfalls auch zum Erlöschen gebracht werden können. Das hat einen tiefen Sinn, weil der Gesetzgeber bei der Verwirkung im allgemeinen Rechtsinteresse den Bertand des Rechts nicht vernichtet zu sehen wünscht, etwa wie bei den Schulderlöschenstatbeständen. Er will vielmehr nur der Fruktifizierung des Rechts für die Person des Gläubigers einen Riegel vorschieben. Diese Auffassung zwingt dann allerdings folgerichtig zu einer prozeßrechtlichen Erweiterung der uns bekannten Begriffe der „Einrede" und „Einwendung", welch letztere ja bekanntlich in rechtshemmende und rechtsvernichtende Einwendungen zerfällt. Bedenkt man nun, daß es nach dem oben Gesagten auch selbständige Rechtsausübungsvernichtungstatbestände gibt, wie wir dies für die Verwirkung behaupten, so zwingt dies zu einer Erweiterung des Einwendungsbegriffs. Da der Begriff der Einrede, d. h. eines Rechts, die Leistung zu verweigern, hier u. E. ohne weiteres ausscheidet,[666]⟩, auch eine rechtsvernichtende und rechts-

665⟩ Dies übersehen die meisten Schriftsteller. Vgl. z. B. Manigk a.a.O. S. 355, der in Ermangelung dieser Erkenntnis sich außer Stand setzt, den tieferen Sinngehalt der Lehre vom Rechtsmißbrauch zu erfassen. Daher seine Polemik gegen Siebert.

666⟩ Das Schrifttum nimmt dies im Falle des § 1160 BGB. an. Eine dilatorische Einrede soll hier darin gefunden werden, daß dem Eigentümer (Gegner des Gläubigers) das Recht zusteht, „der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen". So sagt Enneccerus III (Sachenrecht) § 142 III 2 a ausdrücklich, daß sich das Recht des Eigentümers, der Geltendmachung der Hypothek bis zur Briefvorlegung zu widersprechen, als dilatorische Einrede darstelle. Dies würde mit Rücksicht darauf, daß der Einredebegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch an anderer Stelle (z. B. § 222 usw.) festgelegt ist, bedeuten, daß wir einen doppelten Einredebegriff gegenüberstehen. Einrede wäre danach einmal das Recht, die Leistung zu verweigern und sodann das Recht, der Geltendmachung eines Anspruchs zu

hemmende Einwendung aus den oben angeführten Gründen hier nicht zur Anwendung gelangen kann, so bleibt nichts anderes übrig als in sinngemäßer Erweiterung dieser Rechtsbehelfe den Begriff der rechtsausübungsvernichtenden Einwendung einzuführen, um die hier bestehende Lücke zu schließen. Bedeutet die rechtshindernde Einwendung die Rüge des Nichtbestehens des Rechts überhaupt, die rechtsvernichtende Einwendung das Erlöschen des gültig entstandenen Rechts, so muß man mit dem Begriff der rechtsausübungshindernden Einwendung den Fall bezeichnen, in dem zwar das Recht zur Entstehung gelangt, aus besonderen Gründen seine Ausübung aber herausgeschoben ist. Unter rechtsausübungsvernichtender Einwendung hat man dann aber die Rüge zu verstehen, daß zwar das Ausübungsrecht — wie das Recht selbst — zu wirksamer Entstehung gelangt ist, durch einen hinterher entstandenen Umstand aber die Geltendmachung des Rechts, die Ausübungsberechtigung erloschen ist. Daß unter den angeführten Rechtsbehelfen im Falle der Verwirkung aber nur letztere Platz greifen kann, leuchtet ein, weil ja die Anwendung des in der Verwirkung liegenden mißbräuchlichen Vorgehens in Umständen ihren Grund findet, die erst nach der Entstehung des Rechts entstanden sind. Wegen der in der Person des Betroffenen geschaffenen Einrichtung der Zwischenzeit d. h. während der Verwirkungsfrist erscheint ja, wie bewiesen wurde, das Vorgehen des Berechtigten als illoyal und

widersprechen. Das ist aber logisch widerspruchsvoll. Denn mit der ersten Formulierung wird das Wesen des Einredebegriffs dahin gekennzeichnet, daß dem Beklagten ein Gegenrecht zusteht; mit der zweiten Formulierung wird aber zum Ausdruck gebracht, daß dem Kläger das Recht zur Rechtsausübung fehlt, zwei verschiedene prozessuale Lagen bzw. Verteidigungsweisen, die nicht unter ein und denselben Begriff gebracht werden können. Richtig ist, daß die Vorlegung der Urkunde im § 1160 BGB keine zur Begründung des Anspruchs des Gläubigers erforderliche Tatsache ist, weshalb im Prozeß eine Urkundenbeifügung auf Grund des § 1160 BGB. nicht erforderlich wird (herrsch. Lehre, vgl. hierzu Planck-Brodmann zu § 1160 Erl. 5 a). Ebensowenig ist der Widerspruch als ein Bestreiten der Sachberechtigung des Gläubigers anzusehen und das Erfordernis der Urkundenvorlage ist auch kein Beweiserfordernis. Deshalb hat man sich im Schrifttum teilweise dadurch helfen wollen, daß man den Widerspruch als eine „selbständige" Einrede der mangelnden Briefvorlegung bezeichnet hat (Planck a.a.O.). Dies aber möchten wir gerade bekämpfen, denn auch die selbständige Einrede ist ein Gegenrecht mit der Wirkung, den Anspruch vorübergehend oder dauernd zu Fall zu bringen. Der Einredebegriff ist unverwendbar da, wo auf Einspruch des Beklagten die Rechtsausübung durch den Berechtigten für unstatthaft erklärt wird. Fehlt dem Kläger das Rechtsausübungsrecht, gleichgültig ob ohne weiteres oder auf Widerspruch des Gegners, so bleibt nichts anderes übrig als — siehe Text — den Begriff der rechtsausübungsvernichtenden Einwendung aufzustellen, die das Erlöschen des Ausübungsrechts zum Ausdruck bringt, nicht anders als der rechtsvernichtende Einwand das Erlöschen des Rechts selbst herbeiführt.

rechtsmißbräuchlich. Daraus erhellt, daß das Rechtsausübungsrecht zwar rechtsgültig entstanden, aber durch Zeitablauf wieder erloschen ist. Weil Siebert dies verkannte, gelangte er zu der von der Rechtslehre abgelehnten Auffassung von der Relativität der Rechtsinhalte.

Die weitere Folge dieser Auffassung ist, daß die Verwirkung von Amts wegen und nicht etwa erst „auf Einrede hin" zu berücksichtigen ist. Es bedarf daher auch keiner Untersuchung, wie die im Schrifttum sehr lebhaft behandelte Streitfrage zu entscheiden ist, ob unsere heutige Einrede der Arglist überhaupt keine Einrede im technischen Sinne mehr ist, sondern sich, prozessual gesehen, als Einwendung, d. h. als Einwand der Arglist darstellt[667]. Da wir oben bereits die Notwendigkeit einer systematischen Anerkennung der uns überlieferten exceptio doli generalis geleugnet und die Vorschrift des § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt der weit allgemeineren Lehre vom Rechtsmißbrauch für die Verwirkung nicht mehr als grundlegend anerkannt haben, besteht kein Erfordernis, diesen Dingen weiter nachzugehen.

Aus dem Gesagten folgt, daß im Prozeß das Vorliegen der Verwirkung von Amts wegen zu berücksichtigen, die Klage daher gegebenenfalls wegen mangelnder Schlüssigkeit, nicht wegen Fehlens des bloßen Rechtsschutzinteresses[668] zur Abweisung zu bringen ist. Es ist erfreulich, daß das Reichsgericht in seinen neuesten Entscheidungen nicht mehr den prozessualen Umweg fehlenden Rechtsschutzinteresses gegangen ist, sondern das materiellrechtliche Fehlen der Rechtsausübungsbefugnis seiner Verwirkungsentscheidung als maßgeblichen Gesichtspunkt zugrunde gelegt hat[669]. Die an die Verwirkung geknüpfte Folge ist eine dauernde, der Zeitablauf bringt die Befugnis zum Erlöschen, sofern Treuwidrigkeit aus den angegebenen Gründen vorliegt. Daß allerdings unter veränderten Umständen ein verwirkter Anspruch späterer erneut geltend gemacht werden kann, ist möglich, findet aber seine Begründung in der völlig veränderten Zeitlage, die nunmehr auch das sachliche Urteil über den Rechtsbestand in neuem Lichte erscheinen und die Illoyalität

---

667) Vgl. hierzu Siebert, Verwirkung S. 146 ff., 151, s. auch S. 5,7, 67 ff. Das RG. spricht vom Einwand unzulässiger oder unstatthafter Rechtsausübung, ohne auf das prozeßbegriffliche Problem einzugehen; s. Bd. 146 S. 250, 134, 357; ferner Krause, Schweigen im Rechtsverkehr S. 212 ff.

668) Sehr gut Siebert, Grundlagen S. 219.

669) Vgl. bereits RG 146 S. 395 gegen RG 145, S. 336/38 und RG 155 S. 151/52.

ausgeschaltet sein läßt. Tschischgale[670]) weist zutreffend darauf hin, daß dies nichts besonderes ist, da es sich bei Vorliegen eines rechtskräftigen klagabweisenden Urteils aus den gesetzlichen Vorschriften über die Beschränkung der Rechtskraft ergibt. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Verwirkungsfolge nur teilweise eintreten kann. Kann doch die teilweise Geltendmachung einer Forderung zu einem bestimmten Zeitpunkt zulässig, die Einverlangung eines weiteren Teils später aber gegen Treu und Glauben verstoßen. Wir zeigten, daß der Rechtsmißbrauch ein elastischer und, wie alles dynamische Recht, ein relativer Begriff ist. Der Begriff der Teilverwirkung darf daher nicht befremden[671]). Eine qualitative Teilung der Verwirkung d. h. eine Beschränkung ihrer Folgen auf einzelne Elemente des Verwirkungsbestandes ist natürlich nicht möglich[672]). Was die Behauptungs- und Beweislast betrifft, so gelten die anerkannten Grundsätze des Prozeß- und Privatrechts, worauf im einzelnen nicht eingegangen zu werden braucht. Den Beklagten trifft die Behauptungslast in Ansehung des Vorliegens des Verwirkungstatbestands, er hat die Begriffselemente, sofern sie nicht schon aus dem Vortrag des Klägers das Vorliegen eines Verwirkungsfalles genügend klar ergibt, notfalls einzeln darzutun. Andererseits bleiben die anerkannten Regeln über den sogenannten Anscheinsbeweis[673]) unberührt, sodaß es Sache des Klägers ist, die besonderen Umstände darzulegen, die ein verspätetes Vorgehen nicht als Rechtsmißbrauch, sondern als loyal und billig erscheinen lassen[674]).

---

670) a. a. O. S. 82.

671) Zutreffend die herrsch. Lehre gegen Siebert, Verwirkung S. 178, 221. Vgl. für das Gebiet der Aufwertung Mügel in JW. 1930 S. 1049 und v. d. Trenk ebenda S. 2364.

672) Zutreffend Tschischgale S. 82 A. A. Pawelek a. a. O. S. 31 u. 64.

673) Vgl. hierzu Baumbach Anhang 2 zu § 282 ZPO Erl. 2 B.

674) Herrsch. Lehre: Warneyer in Dtsch. Steuer-Ztg. 1928 S. 356, Franke in Dtsch. Arb.R. 1935 S. 323, RG. Bd. 131 S. 235, Erdmann S. 19, Hildebrandt S. 79, Siebert, Verwirkung S. 150.

## C. Schlußbemerkung.

Als Rechtsinstitut des neuen deutschen Rechts hat die Verwirkung heute ihre Feuerprobe bestanden! An ihrer Positivität ist ebenso wenig zu zweifeln wie an der Erkenntnis, daß Wesen und Rechtsnatur der Verwirkung ausschließlich auf dem Boden von der Lehre des Rechtsmißbrauchs erschöpfend zu begreifen sind. Die Verwirkung ist einer der markantesten Anwendungsfälle mißbräuchlicher Rechtsausübung.

Wir glauben, nachgewiesen zu haben, daß sich die Rechtsnatur der Verwirkung konstruktiv weder im Wege bloßer Gesetzesinterpretation oder Analogie, noch mit Hilfe von Generalklauseln oder mit den Gedankengängen der heute überwundenen Begriffs- und Interessenjurisprudenz erklären läßt. Als juristische Erkenntnismittel dieses im wesentlichen durch die Praxis für die Praxis geschaffenen Rechtsgebildes sind vielmehr die drei im Laufe der Abhandlung als entscheidend herausgestellten Gesichtspunkte zu betrachten, deren Synthese erst zu einem befriedigenden Ergebnis zu führen vermag: Erstens die Erkenntnis vom Wesen der Rechtsausübung als Funktion des subjektiven Rechts und der ihr zugrunde liegende Gegensatz von Statik und Dynamik im Recht. Zweitens die durch den Umbruch unseres Rechts herbeigeführte neue Auffassung über die pflichtgebundene Stellung des Einzelnen zur Volksgemeinschaft. Drittens die fundamentale Bedeutung, die dem Rechtsmißbrauch als einem umfassenden Grundbegriff des heutigen Privatrechts im Gemeinschaftsdenken der Gegenwart zukommt. So hat die Verwirkung als neues selbständiges Rechtsinstitut gleichwertig neben anderen Gebilden, wie die positive Forderungsverletzung, die allgemeine Unterlassungsklage, die Haftung bei Vertragsschluß usw. die Praxis erobert!

Damit dürften alle Bedenken, die gegenüber diesem neuen Rechtsbegriff erhoben worden sind, zerstreut sein. Wenn man gesagt hat, daß durch die Zulassung der Verwirkung der Willkür Tür und Tor geöffnet würde, so dürfte dieses Bedenken angesichts der fest umrissenen Grenzen, die der Verwirkung gezogen sind, vollständig unberechtigt sein. Noch niemals hat ein gerade wegen

seiner inneren Elastizität wertvolles Rechtsinstitut für das Recht eines starken Volkes eine Gefahr bedeutet. Es hieße dies Mangel an Vertrauen in das Urteilsvermögen, den Takt und die reiche Erfahrung setzen, auf das der deutsche Rechtswahrer, insbesondere der deutsche Richter, uneingeschränkt Anspruch erheben darf. Denn das dürfte wohl die vorstehende Abhandlung erwiesen haben, daß bei der Verwirkung die Auffindung einer richtigen Entscheidung im Einzelfalle keine größeren Schwierigkeiten bereitet als schließlich bei jeder anderen Rechtseinrichtung. Unter diesen Umständen kann vom Bestehen einer Gefahr der Willkür oder des Mißbrauchs der Richtermacht ernstlich keine Rede sein.

Es braucht auch keine Besorgnis in der Richtung zu bestehen, daß die praktische Anwendung der Lehre vom Rechtsmißbrauch d. h. die rücksichtslose Zurückweisung mißbräuchlicher Rechtsausübung zur Rechtsverweichlichung führen könne. Gerade das Gegenteil ist der Fall! Wo Gesetze schweigen, muß das Recht sprechen! Es muß gemäß dem Ordnungsdenken unseres heutigen Rechts der Richter die Entscheidung nach den letzten Grundgedanken des Rechts unbeirrt durch Strömungen des Lebens mit aller Kraft und Strenge finden, da nur so jenes Gefühl der Rechtssicherheit im Volke geschaffen wird, dessen wir bedürfen, um die Behauptung, unser Staat sei ein Rechts- und Kulturstaat, jederzeit erhärten zu können. Unabweisbar ist auch heute der Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit. Während aber früher die Rechtssicherheit ausschließlich in der Bindung des Richters an das Gesetz erblickt wurde, ist sie heute in dem autoritären Gedanken der Führung im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter zu erblicken. In der Bindung des Richters an das Gesetz ist, infolge der Identität der Regierung mit dem Gesetzgeber, gleichzeitig die Bindung an die leitenden Grundsätze der Staatsführung ausgesprochen, womit der Einklang zwischen Staatsführung und Rechtssprechung hergestellt ist. Wo der Richter aber bestimmte gesetzliche Vorschriften nicht vorfindet, wird er angewiesen, gemäß den letzten Grundgedanken des völkischen Ordnungsdenkens nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. In diesem Sinne ist das Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung eines der wichtigsten Ordnungsgebote unseres heutigen Rechts, bestimmt und geeignet, die erforderliche Rechtssicherheit jeweils zu schaffen. Hierin die Gefahr einer Rechtsverweichlichung erblicken zu wollen, wäre unverständlich. Vielmehr wird die Verwirkung gerade durch ihren

wissenschaftlichen Einbau in die Rechtsmißbrauchslehre zu einem Rechtssicherheitsfaktor erster Ordnung. Es wird also durch die Verwirkung nicht Unsicherheit in unser Rechtsleben getragen: Die Rechtssicherheit, wie wir sie verstehen, wird vielmehr erst durch die Verwirkung garantiert! Der durch den Zeitablauf in vielen Einzelfällen erschütterte Rechtsfrieden wird wiederhergestellt, die Verdunkelung zahlreicher Tatbestände wird geklärt und gar manche bis zu höchstem Grade gesteigerte Interessenkonflikte werden erst durch die Verwirkung einer fast idealen Lösung zugeführt. So wird die Verwirkung zu einer dem allgemeinen Rechtsfrieden dienenden Rechtseinrichtung.

Schließlich stellt sich die Verwirkung aber auch als eine Institution dar, die in ausgezeichneter Weise der heutigen Forderung eines praktischen Sozialismus genügt. Die Verwirkung ist eine sozialethische Rechtseinrichtung allererster Ordnung. Der gewaltige Fortschritt im Wirtschaftsleben unserer Zeit heischt gebieterisch, alles zu vermeiden, was neuerstandenes blühendes Leben zu zerstören geeignet ist. Es ist im Laufe unserer Abhandlung mehr als einmal nachgewiesen worden, inwieweit gerade die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Verwirkung in vorbildlicher Weise dieser Forderung unseres Rechtslebens auf allen Gebieten entsprochen hat. Ebenso glauben wir nachgewiesen zu haben, daß diesem praktischen Sozialismus am besten genügt ist, wenn man die Verwirkung konstruktiv aus dem Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung entwickelt. Die enorme Elastizität, die gerade bei dieser konstruktiven Erfassung unseres Rechtsgebildes der Verwirkung innewohnt, ist ein Garant für jenen Ausgleich, dessen ein Recht benötigt, soll es nicht erstarren und überaltern. So dient die Verwirkung im Dienste der Allgemeinheit einer höchsten Idee, indem sie Eigennutz hemmt und Gemeinnutz fördert.

Das Recht der Zukunft wird, auch wenn es der Verwirkung in seinen künftigen Gesetzen nicht ausdrücklich Erwähnung tun sollte, jedenfalls den allgemeinen Grundsatz an entsprechender Stelle anzuführen haben, daß jede irgendwie geartete mißbräuchliche Rechtsausübung, zu der auch die Verwirkung zu rechnen ist, verboten ist.